

TARTU ÜLIKOOL  
ÕIGUSTEADUSKOND  
Avaliku õiguse osakond

Mari Kelve-Liivsoo

**VÕLAÕIGUSLIKU TÜÜPTINGIMUSTE REGULATSIOONI  
HANKELEPINGUTELE KOHALDAMISE KOOSKÕLA ERA- JA HANKEÕIGUSE  
PÕHIMÕTETEGA**

Magistritöö

Juhendaja  
PhD Carri Ginter

Tallinn  
2019

## SISUKORD

SISSEJUHATUS.....	3
1. HANKE- JA TSIVILÕIGUSE PÕHIMÕTTED HANKELEPINGUTES.....	8
1.1 Hankeleping kui tüüptingimustel sõlmitud leping .....	8
1.2 Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine .....	9
1.3 Hankelepingu oluline muudatus.....	13
2. HANKELEPINGU SÕLMIMISE VIIS .....	21
2.1 Pakkaja tüüptingimustega hankelepingu poolena .....	21
2.1.1 Tüüptingimused majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutes .....	22
2.1.2 Hea usu ja mõistlikkuse põhimõtted .....	26
2.1.3 Selgitustaotlused ja kinnitused .....	30
2.2 Hanketingimuste vaidlustamine .....	36
2.2.1 Vaidlustusõiguse regulatsioon.....	37
2.2.2 Vaidlustusmenetluse tõhusus ja võrdväarsus .....	42
2.2.3 Hanketingimuste kontrolli pädevus.....	45
2.2.4 Hanketingimuste vaidlustamine vaidlustuskomisjonis.....	49
2.2.5 Vaidlustusõiguse selgus .....	51
3. TÜÜPTINGIMUSE TÜHISUSE TAGAJÄRG HANKELEPINGUS .....	54
3.1 Tühiste tüüptingimustega hankelepingu lõpetamise võimalikkus.....	55
3.2 Normikonflikti lahendamine .....	61
KOKKUVÕTE.....	68
ABSTRACT .....	73
LÜHENDID .....	80
KASUTATUD KIRJANDUS .....	81
KASUTATUD ÕIGUSAKTID .....	84
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA .....	85
MUUD ALLIKAD.....	90
Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks .....	91

## SISSEJUHATUS

Käesolevas magistritöös käsitletakse hankelepingu täitmist seoses tüüptingimuste regulatsiooni ja riigihankeõiguse üldiste põhimõtetega. Hankeleping allub Eesti õiguse kohaselt võlaõigusseadusele (VÕS-le)<sup>1</sup>, mille osaks on ka tüüptingimuste regulatsioon, ja seega on hankeleping eraõiguslik leping. Siiski on selle täitmisel kohustuslik arvestada riigihankeõigusest tulenevaid piiranguid.

Tüüptingimuste regulatsioon, mida töös uuritakse, tuleneb Euroopa Liidu direktiivist<sup>2</sup> ja selle esmane eesmärk on kaitsta tarbijalepingutes tarbijat kui lepingu nõrgemat poolt. Tüüptingimus on tüüptingimuste direktiivi artikli 3 lg 1 kohaselt tingimus, mille suhtes pooled ei ole eraldi kokku leppinud. Pooltevahelise vaidluse korral peab kohus lepingus sisalduvaid tüüptingimusi hindama omal algatusel.<sup>3</sup> Juhul, kui kohus tuvastab, et tüüptingimus on teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustav, siis direktiivi artikli 6 lg 1 alusel langeb see lepingust välja, kuid muus osas jääb leping kehtima.

Eesti on tüüptingimuste direktiivi kohaldamisala VÕS § 36 lg-ga 3 laiendanud majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutele, mille tingimused vastavad tüüptingimuse definitsioonile. Tüüptingimuste direktiivi kohaldamisala selline laiendamine on lubatud, sest tegemist on miinimumdirektiiviga.<sup>4</sup> Kuna hankelepingu tingimusi tavaliselt läbi ei räägita, on hankelepingud enamasti tüüptingimustega lepingud. Seega on vähemalt esmapilgul võimalik, et mõned pakkuja kohustused langevad hankelepingust selle täitmise ajal tühistate tüüptingimustena ära. See võib viia hankelepingu olulise muutmisega väga sarnase tagajärjeni.

Kehtiva hankelepingu oluline muutmine on võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse huvides reeglina keelatud. Pakkujate võrdne kohtlemine ja hankemenetluse läbipaistvus on kõige olulisemate hankeõiguse üldpõhimõtetenä sätetatud Euroopa Liidu aluslepingutes<sup>5</sup>, hankedirektiivis<sup>6</sup> ja õiguskaitse direktiivides<sup>7</sup>. Selleks, et tagada hankelepingu sõlmimine

---

<sup>1</sup> Võlaõigusseadus. RT I, 20.02.2019, 8.

<sup>2</sup> Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglase tingimuste kohta tarbijalepingutes. Euroopa Ühenduste Teataja L 95. Töös edaspidi „tüüptingimuste direktiiv“.

<sup>3</sup> EKO C-147/16, *Karel de Grote*, p 29; EKO C-168/05, *Mostaza Claro*, p 38.

<sup>4</sup> A. Hartkamp, C. Sieburgh ja W. Devroe. „Cases, Materials and Text on European Law and Private Law“. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017, lk 21.

<sup>5</sup> Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. 26. oktoober 2012. Euroopa Liidu Teataja C 326/01.

<sup>6</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. Euroopa Liidu Teataja L 94/65. Töös edaspidi „hankedirektiiv“.

<sup>7</sup> Euroopa Ühenduste Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. Euroopa Liidu Teataja L 395. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelepingute sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. Euroopa Liidu Teataja L 335/31. Töös edaspidi „õiguskaitse direktiiv“.

ainult õiguspärastel tingimustel, on pakkujatele riigihangete seaduse (RHS)<sup>8</sup> § 185 lg 2 p-ga 1 antud võimalus hanketingimused enne lepingu sõlmimist vajadusel vaidlustada.

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kas Euroopa Liidu tüüptingimuste direktiivist Eesti õigusse üle võetud regulatsiooni kohaldamine hankelepinglele on õiguspärane või läheb vastuollu hanke- või eraõiguse üldpõhimõtetega. Magistritöö teema on aktuaalne, sest hankelepingu täitmise vaidlusi on palju. Kuna hankeping on tüüptingimustel sõlmitud leping, siis arvatakse üldiselt, et hankelepingu sõlminud pakkuja võib lepingu kehtivuse ajal arvestada tüüptingimuste regulatsioonist tuleneva kaitsega ja taotleda ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste tühisuse tuvastamist.<sup>9</sup> Eesti kohtupraktikas ega õiguskirjanduses pole seni analüüsitud, mida tuleks tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisel hankelepingle arvesse võtta.

Tüüptingimuste direktiivi artikli 4 lg-st 1 tulenevalt peab liikmesriigi kohus tüüptingimuste hindamisel arvestama muuhulgas lepingu sõlmimise viisi. Magistritöö hüpoteesid lähtuvad eeldusest, et hankelepingu sõlmimise puhul tuleb arvestada kaht eripära. Esiteks peab pakkuja hindama oma võimekust hanketingimusi täita ning andma nende täitmise võimekuse kohta heauskseid kinnitusi. Teiseks on pakkujal – erinevalt tarbijast – võimalik tüüptingimuste sisu mõjutada hankelepingu sõlmimise eelses vaidlustusmenetluses. Kuna RHS § 81 lg 1 lubab hankijal avatud hankemenetluses riigihanke alusdokumente (RHAD-i) enne pakumuste esitamise tähtpäeva muuta, siis on pakkujal võimalik tingimusi mõjutada ka seeläbi, et ta teeb hankijale ettepaneku RHAD-i muutmiseks.

Magistritöö esimene hüpotees on, et kohus ei tohiks lubada hankelepingu teiseks pooleks oleval pakkujal hankelepingu täitmise ajal tugineda hankepingus sisalduvate tüüptingimuste tühisusele, sest see tähendaks hea usu vastast õiguste kuritarvitamist.

Magistritöö teine hüpotees on, et kui kehtivas hankepingus siiski tuvastatakse tüüptingimuste tühisus, siis tuleks muudetud hankelepingu lõpetamise üle otsustada riigihangete seaduse, mitte võlaõigusseaduse alusel.

Uurimismeetoditena kasutatakse magistritöös analüütilist ja süsteemset meetodit. Töös analüüsitakse ka Saksa tüüptingimuste regulatsiooni sätteid, sest tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisala laiendamisel ettevõtjatevahelistele lepingutele võttis Eesti eeskuju just Saksamaast. Ka EL-i tüüptingimuste direktiiv on inspireeritud Saksamaa võlaõiguslikust

---

<sup>8</sup> Riigihangete seadus. RT I, 13.03.2019, 145.

<sup>9</sup> P. Minumets ja D. Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura, 2017, lk 476; M. A. Simovart. Riigihankelepingle ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. Juridica 2008, 1, lk 36.

AGBG-st.<sup>10</sup> Nüüdseks paikneb Saksamaa tüüptingimuste regulatsioon BGB-s.<sup>11</sup> Eesti on tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisala laiendamist põhjendanud sellega, et kõik lepingulised suhted peaksid olema õiglasel.<sup>12</sup> Samas ei ole uuritud, mida tuleks erinevat tüüpi lepingute juures arvesse võtta, et selline õiglus läbi tüüptingimuste regulatsiooni tagada. Saksa BGB Müncheni 2019. aasta kommentaarides<sup>13</sup> antakse ülevaade debattidest, mille käigus on püütud hinnata tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise sobivust ettevõtjatevahelistele lepingutele ja analüüsitud seda, mida tähendavad ebamõistlikud tingimused ettevõtjate jaoks võrreldes tarbijatega. Mõned neist järeldustest on ülekantavad ka Eesti õiguse alusel sõlmitud hankelepingutele.

Lisaks analüüsitakse Euroopa Kohtu, Eesti kohtute ja riigihangete vaidlustuskomisjoni (VAKO) praktikat - ennekõike tüüptingimuste ja hankelepingu muutmise seotud vaidlusi.

Käsitlevate probleemide teoreetiline taust avatakse Christopher Bovise, Michael Steinicke ja Peter L. Vesterdorfi, Margus Kingissepa jt raamatute ning asjakohaseid hanke- ja eraõiguse teemasid puudutavate eelretsenseeritud teadusartiklite abil.

Magistritöö on jagatud kolmeks peatükiks. Esimeses peatükis analüüsitakse uuritava probleemi olemust. Esmalt käsitletakse seda, kas ja miks tähendab lepingutingimuste tühisuse tuvastamine tüüptingimuste regulatsiooni alusel hankelepingu keelatud muutmist, kui tühisel tingimusel ei ole kunagi olnud õiguslikku tähendust. Seejärel analüüsitakse tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise põhimõtteid, sealhulgas asjaolusid, mida kohus peab tingimuste hindamisel arvestama, ja samuti seda, mida tähendab hankelepingu oluline muutmine. Esimeses peatükis käsitletakse ka hankija õigust lõpetada ebaseaduslik hankeleping, sest töö teine hüpotees on seotud sellega, kas hankijal on võimalik seda õigust tüüptingimuste regulatsiooni kohaldumisel üldse kasutada.

Hankelepingu olulise muutmise keeld tuleneb hankeõiguse üldpõhimõtetest, mis kehtivad ka hankelepingu täitmise ajal, sest muidu ei tagataks pakkujate võrdset kohtlemist ja hanke läbipaistvust.<sup>14</sup> Hankeõiguse põhimõtteid on põhjalikult käsitlenud Tiina Ojasalu oma 2006. aasta magistritöös, samuti annab neist põhjaliku ülevaate 2018. aastal ilmunud Michael Steinicke ja Peter L. Vesterdorfi teos. Seetõttu viidatakse põhimõtetele esimeses peatükis vaid ülevaatlilikult.

<sup>10</sup> Gesetz Zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. BGBl. I S. 3317; G. Straetmans ja C. Cauffman. Legislatures, courts and the Unfair Terms Directive. Ilmunud kogumikus „The Judiciary, the Legislature and the EU internal market.“ Toim. Philip Syrpis. Cambridge: Cambridge University Press 2012, lk 93; C. Ginter Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. Juridica 2001, 7, lk 501.

<sup>11</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). 02.01.2002. Bundesgesetzblatt I, lk 42, 2909; 2003 I, lk 738.

<sup>12</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi ja K. Sein (koostajad). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207). Kommenteeritud väljaanne. Edaspidi „VÕS I Komm“. Tallinn: Juura, 2016. § 44 kommentaar 1, lk 254.

<sup>13</sup> Münchener Kommentar zum BGB. 8. trükk. 2019. Kättesaadav Beck-online andmebaasis.

<sup>14</sup> EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115.

Töö esimese hüpoteesi kontrollimisele on pühendatud teine peatükk. Sealjuures lähtutakse eeldusest, et hankelepingus sisalduvate tüüptingimuste hindamisel peab kohus arvestama kahte aspekti. Esiteks kinnitab pakkuja pakkumust esitades, et on võimeline täitma hankelepingu tingimusi. Teiseks on pakkujal võimalik hankija tingimusi lepingu sõlmimise eelselt vaidlustada. Kuna need kaks aspekti on ühe argumendi osad, siis on nende käsitlemine ühe peatüki raames loogiliselt ainus võimalus. Arvestades nende aspektidega seonduva analüüsi mahukust, on teine peatükk oluliselt pikem kui esimene või kolmas.

Nii pakkuja kinnituste andmist kui hanketingimuste mõjutamise võimalikkust vaidlustusmenetluses analüüsitakse läbi hea usu põhimõtte ja õiguste kuritarvitamise keelu. Vaidlustusmenetluse puhul analüüsitakse, kas pakkujale on Eesti õiguses tagatud tüüptingimuste lepingueelse vaidlustamise tõhus võimalus. Selle teema käsitlemine on oluline sellepärast, et hankemenetluses tuleb kõik hankija otsused, milleks on õiguskaitse direktiivi tähenduses ka hanketingimusi sisaldav RHAD<sup>15</sup>, üldreeglina kõigepealt vaidlustada VAKO-s, mis on hankevaidluste puhul kohustuslik kohtueelne organ halduskohtumenetluse seadustiku (HKMS)<sup>16</sup> § 268 lg 1 alusel. Pakkuja, kes ei ole kohustuslikku kohtueelset menetlust läbinud, minetab kaebeõiguse. Riigikohtu hinnangul on aga VAKO-l pädevus hinnata hanketingimuste vastavust ainult riigihangete seadusele.<sup>17</sup> Hanketingimuste vastavust võlaõigusseadusele peaks hankelepingu sõlmimise eelselt hindama hoopis halduskohus. Magistritöö teises peatükis analüüsitaksegi, kas see, et VAKO-l ei ole pädevust hinnata tüüptingimuste kooskõla kõigi õigusaktidega, on kehtiva õiguse alusel pakkuja jaoks piisavalt selge. Samuti analüüsitakse VAKO praktikat sellistes vaidlustustes, kus vaidlustaja on siiski tuginenud just hanketingimuste kui tüüptingimuste tühisusele. Analüüsi eesmärk on kindlaks teha, kas Eesti regulatsioon ja praktika tagavad kõigile pakkujatele tüüptingimuste tõhusa vaidlustusvõimaluse enne hankelepingu sõlmimist.

Töö teist hüpoteesi kontrollitakse kolmandas peatükis. Selles analüüsitakse Eesti tüüptingimuste regulatsiooni kooskõla tüüptingimuste direktiivi eesmärgiga ning seda, kas oluliselt muudetud hankelepingu lõpetamise otsustamise õigus peaks olema riigisisese kohtul või hankijal ning kas eelistatav oleks sellise lepingu lõpetamine või kehtima jätmine.

Hüpotees rajaneb RHS § 8 lg-l 2, mille alusel kohaldatakse hankelepingule võlaõigusseaduses ja teistes seadustes vastava lepinguliigi kohta sätestatud, välja arvatud juhul, kui riigihangete seadus sätestab teisiti. Esiteks keelab RHS § 123 hankelepingut selle kehtivuse ajal üldreeglina muuta ning tüüptingimuste tühisuse tuvastamine hankelepingus

<sup>15</sup> EKo C-260/17, *Anodiki Services EPE*, p 43; EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 27; EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 30; EKo C-81/98, *Alcatel Austria*, p 35.

<sup>16</sup> Halduskohtumenetluse seadustik. RT I, 13.03.2019, 53.

<sup>17</sup> RKHKo 3-3-1-30-12, p 20; RKHKo 3-3-1-52-11, p 17; RKHKo 3-17-1151, p 6.

tingib *de facto* muudatuse. Teiseks peab hankijal RHS § 124 lg 1 p 1 alusel olema õigus otsustada, kas oluliselt muudetud hankeleping lõpetada või mitte, kuid tüüptingimustega lepingu lõpetamise otsustamine on VÕS § 41 alusel kohtu pädevuses.

Lisaks analüüsitakse asjaolu, et VÕS § 41 lubab Eesti kohtul tühise tüüptingimusega lepingu lõpetada, kui tingimust kasutanud pool tõendab, et poleks lepingut ilma sellise tingimusega üldse sõlminud. Carri Ginter tegi juba 2001. aastal järelduse, et selline säte on vastuolus tüüptingimuste direktiivi eesmärgiga, sest ei motiveeri tüüptingimuse kasutajat edaspidi ebaõiglust vältima.<sup>18</sup> Magistritöös analüüsitakse VÕS § 41 kooskõla RHS § 124 lg 1 p-ga 1, mis annab lubamatult muudetud hankelepingu lõpetamise õiguse hankijale, ning uuritakse, mille alusel peab hankija otsustama, kas lubamatult muudetud hankeleping tuleks lõpetada.

Magistritöö teine hüpotees rajaneb eeldusel, et kohus siiski tuvastab hankelepingu sisalduvate tüüptingimuste tühisuse. Töö esimese hüpoteesi kohaselt ei peaks sellist olukorda reeglina tekkima, sest hankelepingu tüüptingimuste tühisusele tuginemine on pakkuja kinnitusi ja lepingueelset vaidlustusvõimalust arvestades hea usu vastane. Siiski võib olla võimalik, et pakkuja ei saanud mingil objektiivsel põhjusel tingimusi õigeaegselt vaidlustada.

Eraldiseisvat hüpoteesi on põhjendatud kontrollida eraldi peatükis. Kuna see ei nõua nii mahukate aspektide uurimist kui hankelepingu sõlmimise viisi analüüs, siis on töö kolmas peatükk teisest oluliselt lühem.

Magistritöö autor tänab juhendajat PhD Carri Ginterit väärtuslike nõuannete ja abi eest.

Märksõnad: tüüptingimused, riigihanked, õiguspõhimõtted, heauskus, võrdne kohtlemine

---

<sup>18</sup> C. Ginter. Unfair contract terms in consumer contracts. Directive 93/13/EEC and the Estonian Obligations Act. Master's thesis. Stockholm University 2001, lk 50.

# 1. HANKE- JA TSIVIILÕIGUSE PÕHIMÕTTED HANKELEPINGUTES

## 1.1 Hankeleping kui tüüptingimustel sõlmitud leping

Hankeleping on rahaliste huvidega leping, mille hankija sõlmib ettevõtjaga avalik-õigusliku hankemenetluse tulemusena.<sup>19</sup> Kuigi liikmesriigid on üldiselt vabad valima hankelepingule kohaldatavat õigust, piiravad lepingu sõlmimise ja muutmise vabadust Euroopa Liidu õigusest tulenevad hankereeglid, mis reguleerivad hankelepingu sõlmimisele eelnenud hankemenetlust. Sisulised hankereeglid paiknevad Euroopa Liidu hankedirektiivides ja need hõlmavad hankelepingu muutmise keeldu. Hankeõiguse põhimõtete rakendamiseks on loodud õiguskaitseDirektiiv, mille alusel antakse pakkujatele võimalus hankija otsuste õigeaegseks vaidlustamiseks. Sellega tagatakse, et sõlmitav hankeleping oleks hankeõigusega kooskõlas ja hilisemat muutmist ei vajaks. Direktiivid on Eesti õigusse üle võetud riigihangete seadusega.

Eestis kohaldub hankelepingutele ennekõike eraõigus. Täpsemalt alluvad Eestis sõlmitud hankelepingud RHS § 8 lg 2 alusel võlaõiguslikule regulatsioonile, kohustusega arvestada riigihangete seaduses sätestatud piiranguid. See on kooskõlas liikmesriigi kohustusega arvestada hankelepingule kohalduvate normide kujundamisel ja kohaldamisel kogu asjakohase EL-i õigustikuga.<sup>20</sup> Võlaõigusseaduse osaks on ka Euroopa Liidu õigusest üle võetud tüüptingimuste regulatsioon, mille esmane eesmärk on tarbijakaitse. Kuna Eesti laiendas tüüptingimuste regulatsiooni aluseks olevat direktiivi üle võttes regulatsiooni kohaldamisala VÕS § 36 lg-ga 3 tarbijalepingutelt majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutele, siis laieneb tüüptingimuste regulatsioon hankelepingutele, sest hankelepingud on reeglina tüüptingimustel sõlmitud lepingud.<sup>21</sup>

Tüüptingimus on direktiivi artikli 3 lg 1 ja Eesti õiguses VÕS § 35 lg 1 kohaselt selline lepingutingimus, mida lepingupooled eraldi läbi ei rääkinud ja mille sisu üks pooltest seetõttu mõjutada ei saanud. Hankelepingu tingimused vastavad sellele definitsioonile, sest tavaliselt ei räägi hankija ja pakkuja hankelepingu tingimusi läbi, vaid hankija esitab vastavalt RHS § 73 lg-le 2 riigihanke väljakuulutamisel RHAD-i tingimustega, millel leping sõlmitakse. Eranditeks on innovatsioonipartnerlus, võistlev dialoog, konkurentsipõhine

<sup>19</sup> Hankeleping on defineeritud direktiivi 2014/24/EL art 1 lg 1 p-s 5 ja RHS § 8 lg-s 1; hankelepingu olemuslikke tunnuseid on kirjeldanud näiteks C. H. Bovis oma teoses EU Public Procurement Law. 2. köide. Cheltenham, Ühendkuningriik; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited 2012, lk 333.

<sup>20</sup> M. A. Simovart. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. Juridica 2010, 4, lk 248.

<sup>21</sup> Vt nt RKTKo 2-15-15662, p 21.



läbirääkimistega hankemenetlus ja väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluses.<sup>22</sup> Siiski ei räägita isegi neis hankemenetlustes kunagi läbi kõiki tingimusi, sest kõigi tingimuste läbirääkimine ei ole hankija jaoks mõistlik ega võimalik.<sup>23</sup> Käesolevas magistritöös keskendutakse lihtsustamise huvides ainult avatud hankemenetluse tulemusena sõlmitud lepingutele, mis on tüüptingimustel sõlmitud hankelepingud ja nõuavad seega tingimuste hindamist tüüptingimuste regulatsiooni alusel.

Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise kõige olulisem võimalik tagajärg on tüüptingimuste tühisuse tuvastamine lepingus tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 ja sellele vastava VÕS § 42 lg 1 alusel, millega muudetakse oluliselt poolte lepinguliste õiguste ja kohustuste tasakaalu. Tüüptingimuse tühisuse tuvastamine ei ole küll *de jure* lepingu muutmine, sest vastavalt tsiviilseadustiku üldosa seaduse (TSÜS)<sup>24</sup> § 84 lg 1 esimesele lausele ei ole tühisel tingimusel algusest peale olnud õiguslikku tähendust. Siiski on tegu hankelepingu *de facto* muutmisega, sest üks hankelepingu olulise muutmise kriteeriumeid ongi poolte õiguste ja kohustuste tasakaalu oluline muutmine. Hankelepingu selline muutmine on reeglina keelatud.

Selleks, et analüüsida tüüptingimuste direktiivi ja hankedirektiivi paralleelse kohaldamise võimalikkust hankelepingule, avatakse esmalt tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise viisi ning analüüsitakse seejärel, miks on kehtiva hankelepingu oluline muutmine keelatud ja mida saab oluliseks muutuseks pidada.

## 1.2 Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine

Tüüptingimuste direktiiv on tarbijakaitsedirektiiv ja selle esialgses kohaldamisalas on vastavalt direktiivi artikli 1 lõikele 1 ainult tarbijad. Tulenevalt artiklist 8 on tüüptingimuste direktiiv miinimumdirektiiv. Liikmesriikidel on õigus miinimumdirektiivi kohaldamisala laiendada<sup>25</sup> ning Eesti ongi seda teinud.

Direktiivi eesmärk on võtta arvesse tarbija kui lepingupoolte nõrgemat seisundit ja asendada lepingupoolte formaalne tasakaal tegeliku tasakaaluga, mis taastab pooltevahelise võrdsuse.<sup>26</sup> Eesti kohtupraktikas on tüüptingimuste regulatsiooni eesmärki kirjeldatud

---

<sup>22</sup> RHS § 57 lg 1; RHS § 65 lg 1; RHS § 67 ja RHS § 72 lg 1.

<sup>23</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2008, 1, lk 35.

<sup>24</sup> Tsiviilseadustiku üldosa seadus. RT I, 30.01.2018, 6.

<sup>25</sup> Viide 4.

<sup>26</sup> EKo C-397/11, *Jörös*, p 25; EKo C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p 40; EKo C-472/11, *Banif Plus Bank*, p 20.

ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuse lepingust kõrvaldamisena enne, kui see adressaati kahjustab.<sup>27</sup>

Tarbija võimetust mõjutada tüüptingimuste sisu – mida Eesti õiguskirjanduses on nimetatud tüüptingimuse kõige olulisemaks tunnuseks<sup>28</sup> - tuleneb Euroopa Kohtu hinnangul sellest, et tarbija läbirääkimispositsioon on müüja või teenuste pakkuja omast nõrgem ja tal on vähem informatsiooni kui müüjal või teenuste pakkujal, kes tema suhtes tingimused kehtestab.<sup>29</sup>

„Tarbija“ mõistet direktiivi artikli 2 (b) tähenduses on Euroopa Kohus käsitlenud laiendavalt. Tarbijaks tuleb Euroopa Kohtu praktika kohaselt lugeda iga füüsiline isik, kes on lepingut sõlmides teisest poolest nõrgemas läbirääkimispositsioonis ja sõlmitava lepingu suhtes väiksemate teadmistega.<sup>30</sup> *Costea* kohtuasjas otsustas Euroopa Kohus, et isegi jurist võib olla tüüptingimuste direktiivi tähenduses tarbija, kui sõlmib lepingu väljaspool oma tavapärast kutsetegevust, sest vastavalt direktiivi artikli 4 lg-le 1 peab tüüptingimusi hindav kohus võtma arvesse lepingu alusel hangitava kauba või teenuse laadi.<sup>31</sup>

„Müüja“ või „teenuste pakkuja“, kes on tarbijalepingu teine pool, on Euroopa Kohtu praktikas tüüptingimuste direktiivi artikli 2 (c) tähenduses funktsionaalne mõiste. Müüja või teenuste pakkujaga on võrdsustatud kõik füüsilised või juriidilised isikud, kes tegutsevad oma majandus- või kutsetegevuses, kui vaidlusalune leping on sõlmitud sellesama tegevuse raames.<sup>32</sup> Siinkohal väärib märkimist, et kui Eesti ei oleks tüüptingimuste direktiivi kohaldamisala laiendanud majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingule, siis välistaks Euroopa Kohtu praktika tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise hankelepingule. Hankelepingu võitnud pakkuja on ettevõtja, kes sõlmib lepingu oma majandus- ja kutsetegevuse raames. Järelikult ei mahu ta ka „tarbija“ laia määratluse alla.

Kui tüüptingimusi sisaldava lepingu poolte vahel tekib vaidlus, siis peab seda lahendav kohus omal algatusel<sup>33</sup> hindama, kas vaidlusalune tingimus on tüüptingimus. Sellist kohustust tsiviilkohtumenetluses, kus nõudeid menetletakse tsiviilkohtumenetluse seadustiku (TSMS)<sup>34</sup> § 5 lg-st 1 tulenevalt poolte esitatud asjaolude ja taotluste alusel, õigustab asjaolu, et tüüptingimuste direktiiv on tarbijakaitsedirektiiv ning tarbijakaitses on avalik huvi.<sup>35</sup> Siseriiklikul kohtul ei oleks võimalik tõhusat tarbijakaitsset tagada, kui tüüptingimuste

<sup>27</sup> RKTko 3-2-1-135-15, p 17.

<sup>28</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 35 kommentaar 2, lk 193.

<sup>29</sup> EKo C-590/17, *Henri Pouvin*, p 25; EKo C-110/14, *Costea*, p 18 jt.

<sup>30</sup> EKo C-110/14, *Costea*, p 22-23; EKo C-590/17, *Henri Pouvin*, p 28.

<sup>31</sup> EKo C-110/14, *Costea*, p 26-27.

<sup>32</sup> EKo C-535/16, *Bachman*, p 36; EKo C-147/16, *Karel de Grote*, p 55.

<sup>33</sup> Viide 3.

<sup>34</sup> Tsiviilkohtumenetluse seadustik. RT I, 19.03.2019, 22.

<sup>35</sup> G. Straetmans ja C. Cauffman. *Op cit.*, lk 112.

vaidluse pidamise eelduseks oleks see, et tarbija peab ise tuginema sellele, et tingimused on tüüptingimused.<sup>36</sup> Samal põhjusel tuvastab kohus *ex officio* ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuse tühisuse, olenemata sellest, kas tarbija on sellist tagajärge taotlenud või mitte.<sup>37</sup>

Eesti kohtupraktika vastab Euroopa Kohtu omale: ka Eesti kohus hindab omal algatusel nii seda, kas lepingus seatud tingimus on tüüptingimus VÕS § 35 lg 1 tähenduses, kas see on saanud lepingu osaks vastavalt VÕS §-le 37, kui ka seda, kas tüüptingimus on ebamõistlikult kahjustav või tühine VÕS §-te 42-44 alusel.<sup>38</sup> Õiguse kohaldamine on kohtu ülesanne *ex officio* lisaks Euroopa Kohtu suunistele ka TSMS § 438 lg 1 alusel.<sup>39</sup>

Tüüptingimuste direktiivi artikkel 1 keelab hinnata imperatiivsetel seadusesätetel põhinevate tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavat olemust, sest kui pooled ei saa seadusest kokkuleppes kõrvaldada, siis ei saa üks teise suhtes tingimusi ühepoolsetelt kehtestada.<sup>40</sup> Samas vastab selline tingimus siiski tüüptingimuse definitsioonile, sest pooled ei ole saanud mõjutada tingimuse sisu. Seetõttu võivad Eesti kohtud ka imperatiivsetel seadusesätetel põhinevate tingimuste puhul hinnata, kas need on saanud lepingu osaks, kas nad on omavahel vastuolus, või tõlgendada nende sisu, kuigi ei saa tuvastada selliste tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavat olemust.<sup>41</sup>

Tüüptingimused saavad Eesti õiguse alusel lepingu osaks siis, kui tingimuse kasutaja neile enne lepingu sõlmimist selgelt viitas või nende olemasolu võis lepingu sõlmimise viisi tõttu eeldada<sup>42</sup> ning lepingu teisel poolel oli vähemalt võimalik tingimuste sisust teada saada.<sup>43</sup> Sealjuures ei ole oluline, kas teine lepingupool seda võimalust tegelikkuses kasutas.<sup>44</sup> Tüüptingimus võib sisalduda nii lepingus endas kui selle lisas. Vastavalt VÕS § 35 lg-le 3 ei sõltu see, kas tüüptingimus on lepingu osa, selle tingimuse ulatusest, lepingus kajastamise viisist või lepingu sõlmimise vormist.

Tüüptingimuse tõlgendamiseks on Euroopa Kohus andnud vaid üldised juhised, tõdedes, et tüüptingimuste direktiivi artikkel 3 määratleb ebamõistlikult kahjustava lepingutingimuse hindamise elemendid abstraktselt, kuid tingimuste hindamisel tuleb arvestada ka artikli 4 nõudeid, s.o. lepingu alusel ostetava kauba või teenuse laadi ja lepingu

<sup>36</sup> EKo C-243/08, *Pannon GSM*, p 23; EKo C-397/11, *Jõrös*, p 27; EKo C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p-d 42–44, ja EKo C-472/11, *Banif Plus Bank*, p-d 22–24.

<sup>37</sup> EKo C-397/11, *Jõrös*, p 42; EKo C-472/11, *Banif Plus Bank*, p 28.

<sup>38</sup> RKTko 3-2-1-112-14, p 14; RKTko 3-2-1-118-05, p 26; RKTko 3-2-1-1-07, p 21; RKTko 3-2-1-2-08, p 13; RKTko 3-2-1-56-08, p 13; RKTko 3-2-1-155-05, p 19.

<sup>39</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 42, kommentaar 4.1.2, lk 221; vt ka: RKTko 2-16-13477, p 13; RKTko 3-2-1-106-13, p 24.

<sup>40</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 35, kommentaar 4.2, lk 194.

<sup>41</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 36, kommentaar 4.1, lk 197.

<sup>42</sup> RKTko 3-2-1-12-14, p 31.

<sup>43</sup> RKTko 3-2-1-109-11, p 12; RKTko 3-2-1-2-11, p 13.

<sup>44</sup> RKTko 3-2-1-76-07, p 22.

sõlmimise viisi.<sup>45</sup> Artikli 3 elementideks on tüüptingimuse vastuolu hea usu põhimõttega ning lepingupoolte õiguste ja kohustuste oluline tasakaalutus, mis kahjustab tarbijat.<sup>46</sup>

Ka VÕS § 42 lg 1 alusel tuleb tüüptingimuse tühisuse hindamisel arvestada muuhulgas lepingu sõlmimise viisi. See aspekt on käesoleva magistritöö jaoks keskse tähtsusega ja avatakse töö teises peatükis.

Tüüptingimuste tõlgendamine ei allu tavalistele lepingu tõlgendamise reeglitele. Tõlgendamisel ei saa lähtuda lepingupoolte ühisest tahtest<sup>47</sup>, sest tüüptingimus on määratud vaid ühe poole tahtega.<sup>48</sup>

Tingimuse sisu tõlgendamisel lähtuvad Eesti kohtud VÕS §-st 39.<sup>49</sup> Selle esimese lõike kohaselt on tüüptingimuse tõlgendamise standardiks teise lepingupoolega sarnase mõistliku isiku arusaam. Näiteks üliõpilase ja õppeasutuse vahel sõlmitud lepingu tingimusi tuleb tõlgendada keskmise mõistliku üliõpilase seisukohast.<sup>50</sup> Kahtluse korral tõlgendatakse tüüptingimust tingimuse kasutaja kahjuks.<sup>51</sup> Seda õigustab asjaolu, et tingimuse kasutaja kandis tingimuse ühepoolse kehtestamisega suuremat riski.<sup>52</sup> Sätte teine lõige keelab anda tühisele tüüptingimusele tõlgendamisega kehtivat sisu. Sõltumatuteks osadeks jaotatav tingimus jääb ühe osa tühisuse korral ülejäänud ulatuses kehtima.

Euroopa Kohus on andnud suunise, mille kohaselt peab kohus pärast tüüptingimuse ebamõistlikult kahjustava olemuse tuvastamist sellest teavitama menetluspooli ning andma neile võimaluse tingimuse üle võistlevalt vaielda.<sup>53</sup> Nii tagatakse mõlema poole kaitseõigus.<sup>54</sup> Seega saavad hankelepingu sõlmimisega seonduvate faktide kohta tsiviilkohtule tõendeid esitada nii hankija kui pakkuja. Eesti kohtupraktika alusel peab pool, kes tugineb vaidluses tüüptingimuste regulatsioonile, kohtule põhjendama, et tegu on läbi rääkimata tingimustega. Kui lepingu teine pool sellega ei nõustu, peab ta omalt poolt tõendama, et pooled on lepingutingimuse eraldi läbi rääkinud.<sup>55</sup> Analoogia korras peaks pooltele antama võimalus tõendada ka seda, et tüüptingimus on või ei ole ebamõistlikult kahjustav.

<sup>45</sup> EKo C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, p 43; EKo C-243/08, *Pannon GSM*, p 44.

<sup>46</sup> EKo C-484/08, *Caja de Ahorros u Monte de Piedad de Madrid*, p 33; EKo C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, p 40.

<sup>47</sup> RKTko 3-2-1-64-07, p 11.

<sup>48</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 39 kommentaar 1, lk 211.

<sup>49</sup> RKTko 3-2-1-184-13, p 11.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> RKTko 3-2-1-12-14, p 36.

<sup>52</sup> RKTko 3-2-1-64-07, p 12; RKTko 3-2-1-1-07, p 34; RKTko 3-2-1-140-05, p 12; RKTko 3-2-1-150-06, p 17.

<sup>53</sup> EKo C-472/11, *Banif Plus Bank*, p 33.

<sup>54</sup> EKo C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, p 39.

<sup>55</sup> RKTko 3-2-1-150-06, p 17; RKTko 3-2-1-45-07, p 11; RKTko 3-2-1-66-12, p 12; RKTko 3-2-1-1-07, p 34.

Nagu öeldud, asendatakse tüüptingimuse tühisuse tuvastamise tagajärjel pooltevaheline formaalne tasakaal nn õiglase tasakaaluga.<sup>56</sup> Seetõttu tuleb vastavalt tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg-le 2 jätta leping ilma tühiseks osutunud tüüptingimusetega kehtima, kui see on õiguslikult võimalik.<sup>57</sup> Sellise võimalikkuse hindamine on siseriikliku kohtu ülesanne.<sup>58</sup> Seda, kas leping saab ilma ebaõiglaste tüüptingimusteta edasi kehtida, tuleb nii direktiivi artikli 6 lg 1 kui majandustegevuse õiguskindluse nõuete tõttu tõlgendada objektiivselt.<sup>59</sup>

Eesti õiguses sätestab tüüptingimuste tühisuse tagajärje VÕS § 41, mis on vastuolus nii tüüptingimuste direktiivi mõtte kui Euroopa Kohtu vastava praktikaga, sest lubab tühiste tüüptingimustega lepingu kehtetuks tunnistada siis, kui tingimuse kasutaja tõendab, et poleks sellist lepingut üldse sõlminud.<sup>60</sup> See võtab tüüptingimuste regulatsioonilt hoiatava mõju. Teiseks näeb säte ette, et tühise tüüptingimuse asemel tuleb kohaldada seaduses vastavat liiki lepingu kohta sätestatud. Ka see on Euroopa Kohtu hinnangul vastuolus direktiivi eesmärgiga, sest teenib pigem müüja huve. Tüüptingimuse asendamine riigisisese õiguse sättega on lubatav vaid siis, kui asendamata jätmine viiks lepingu tühistamiseni, aga lepingu tühistamine kahjustaks tarbija huve.<sup>61</sup>

Ülalöeldust järeldeb, et tüüptingimuste tühisuse tuvastamise eesmärk on lepinguliste õiguste ja kohustuste tasakaalu oluline muutmine lepingu nõrgema poole kasuks. Hankelepingu selline muutmine on reeglina keelatud.

### 1.3 Hankelepingu oluline muudatus

Kehtiva hankelepingu olulise muutmise keeld tuleneb hankedirektiivi artiklist 72, millega kodifitseeritakse Euroopa Kohtu varasem praktika hankelepingu keelatud muudatuste kohta. Eesti õiguses vastab direktiivi artiklile 72 riigihangete seaduse § 123.

Hankelepingu muutmise keeld ei ole absoluutne, sest lepingu muutmiseks võib olla praktiline vajadus.<sup>62</sup> Lisaks avatud konkurentsi kaitsmisele peavad hankereeglid tagama ka

---

<sup>56</sup> Viide 26.

<sup>57</sup> EKo C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*, p 97; EKo C-482/13, C-484/13, C-485/13 ja C-487/13, *Unicaja Banco ja Caixabank*, p 28.

<sup>58</sup> EKo C-118/17, *Dunai*, p 52.

<sup>59</sup> EKo C-453/10, *Pereničová ja Perenič*, p-d 32-33.

<sup>60</sup> Viide 18.

<sup>61</sup> EKo C-70/17 ja C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*, p 58.

<sup>62</sup> K. Hartlev ja M. W. Liljenbol. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. P.P.L.R. 2013, 2, lk 51; S. T. Poulsen. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. P.P.L.R. 2012, 5, lk 167.

hankija vajaduste võimalikult tõhusa täitmise.<sup>63</sup> Seetõttu on hankedirektiivi artiklis 72 ja RHS §-s 123 sätestatud näitlik loetelu lubatud muudatustest, eesmärgiga hõlbustada praktilist analüüsi ja suurendada õigusselgust.<sup>64</sup> Hankelepingu oluline muutmine on aga keelatud, sest hankija on kohustatud ka hanklepingu täitmise ajal kaitsma hankeõiguse üldpõhimõtteid.<sup>65</sup>

Euroopa Liidu hankeõiguse üldpõhimõtted tulenevad nii EL-i esmasest kui teisest õigusest – Euroopa Liidu toimimise lepingust (ELTL) ja hankedirektiividest. Riigihanked moodustavad Euroopa Liidu liikmesriikide SKP-st keskmiselt 14%<sup>66</sup> ja seetõttu on neil oluline mõju siseturule<sup>67</sup>, mille rajamine rahu tagamise huvides on algusest saadik olnud Euroopa Liidu tähtsaim eesmärk.<sup>68</sup> Kuni 1970. aastani ei peetud riigihanket siiski ühisturuküsimuseks ning seetõttu reguleerisid neid ainult aluslepingu sätted.<sup>69</sup> Hiljem leiti, et siseturu nelja põhivabaduse – kaupade, teenuste, isikute ja kapitali – vaba liikumise tagamiseks on vaja ühtseid ja spetsiifilisemaid reegleid,<sup>70</sup> sest aluslepingu sätted on liiga üldsõnalised ega reguleeri vajaliku täpsusastmega turgude liberaliseerimist.<sup>71</sup> Nii sündisid hankedirektiivid. Aluslepingus sätestatud põhivabadused – kaupade vaba liikumine (ELTL artikkel 34), töötajate vaba liikumine (ELTL artikkel 45), asutamisvabadus (ELTL artikkel 49), teenuste osutamise vabadus (ELTL artikkel 56) ja kapitali vaba liikumine (ELTL artikkel 63) – on hankedirektiivide õiguslikuks aluseks ning sellest tulenevalt on hankedirektiivide peamine eesmärk siseturu rakendamine.<sup>72</sup>

Aluslepingust tulenevad õiguse üldpõhimõtted kohalduvad kõigile riigihangetele – seda nii siis, kui riigihange ei kuulu hankedirektiivi kohaldamisalasse, sest selle eeldatav maht ei ületa hankedirektiivi artiklis 4 sätestatud piirmäära, kui siis, kui hange sinna kuulub,<sup>73</sup> sest aluslepingu sätted on direktiivi suhtes ülimuslikud. Aluslepingust tulenevatele üldpõhimõtetele viidatakse ka hankedirektiivide preambulas ning hankedirektiivide õiguslikult siduvas tekstis sätestatakse hankepõhimõtted eraldiseisvatena. Neist olulisimad on

---

<sup>63</sup> S. T. Poulsen. *Op cit.*, lk 170.

<sup>64</sup> M. A. Simovart. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. *Juridica* 2016, 1, lk 53.

<sup>65</sup> Viide 14.

<sup>66</sup> Euroopa Komisjon. Single Market Scoreboard. 11. juuli 2018. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/performance\\_per\\_policy\\_area/public\\_procurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm)

<sup>67</sup> Ühisturg loodi juba Rooma lepinguga 1957. aastal ja see oli esimene samm siseturu loomise suunas – vt nt EKo C-15/81, *Schul*, p 33. Siseturg sündis Maastrichti lepinguga 1993. aastal.

<sup>68</sup> T. Opperman. Euroopa õigus. Teine, täielikult ümbertöötatud trükk. Tallinn: Juura 2002, lk 9.

<sup>69</sup> M. Steinicke ja P. L. Vesterdorf. *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*. C. H. Beck, Hart, Nomos ja Dreyersfond 2018, lk 1.

<sup>70</sup> M. Steinicke ja P. L. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 4.

<sup>71</sup> C. Bovis. *The Law of EU Public Procurement*. 2. köide. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 23.

<sup>72</sup> M. Steinicke ja P. L. Vesterdorf. *Op cit.*, lk 4; EKo C-237/99, *komisjon vs Prantsusmaa*, p 41; EKo C-380/98, *University of Cambridge*, p 16; EKo C-360/96, *Gemeente Arnhem*, p 41.

<sup>73</sup> EKo C-324/98, *Telaustria ja Telefonadress*, p 60.

magistritöö hüpoteese silmas pidades ELTL artiklis 18, hankedirektiivi artikli 18 lg-s 1 ja RHS §-s 3 sätestatud pakkujate võrdse kohtlemine ja läbipaistvuse põhimõtted.

Võrdne kohtlemine tähendab kõigile pakkujatele võrdse võimaluse andmist hankemenetluses osalemiseks, mis omakorda tähendab, et kõigile pakkujatele peavad hankemenetluses laienema ühetaolised tingimused.<sup>74</sup> Võrdse kohtlemise nõue tagab ühtlasi, et kõigile pakkujatele on teada kõik menetluse üksikasjad ning nad võivad olla kindlad, et täpselt samad nõuded kehtivad ka kõigi konkurentide suhtes.<sup>75</sup> Võrdse kohtlemise kohustus on hankijal kogu hankemenetluse vältel ja ka hankelepingu täitmise ajal<sup>76</sup> ning võrdse kohtlemise põhimõtte on üks peamisi põhjuseid, mille tõttu on keelatud kehtivat hankelepingut oluliselt muuta.

Läbipaistvuse põhimõtte rakendub nii hankemenetluse enese kui hankemenetluse läbiviimise suhtes. Esiteks peab hange olema avalik ja selle tingimused kõigile teada. Teiseks peab hankija tegevus – eelkõige see, kas hankija järgib võrdse kohtlemise põhimõtet<sup>77</sup> - olema kogu hankemenetluse vältel kontrollitav.<sup>78</sup> *European Dynamics Luxembourg* kohtuasjas selgitas Euroopa Kohus, et läbipaistvuse põhimõtte esmane eesmärk on ennetada hankijapoolse soosingu või suva rakendamist. Seetõttu tuleb kõik pakumuse edukaks tunnistamise tingimused ja detailsed reeglid juba hanketeates või hankedokumentides sõnastada selgelt, täpselt ja üheselt mõistetavalt, nii et esiteks saaksid kõik mõistlikult informeeritud ja tavapäraselt hoolsad pakkujad aru nende tingimuste täpsest tähendusest ja võiksid neid ühetaoliselt tõlgendada, ning teiseks, et hankija saaks kindlaks teha, kas esitatud pakumused vastavad asjakohase hankelepingu tingimustele.<sup>79</sup> Kõigil pakkujatel peab olema hanke väljakuulutamise kuni hankelepingu täitmise lõpuni teada, mis tingimustel hankeleping sõlmiti ja mis tingimustel seda täidetakse. Kõigile pakkujatele peab olema kättesaadav samaväärne informatsioon hanke kohta, nii et kõik potentsiaalsed pakkujad saaksid sama teabe alusel teha otsuse esitada pakumuse või jätta see esitamata.

Läbipaistvuse olulisust on lisaks Euroopa Kohtule rõhutanud Euroopa Komisjon, OECD, muud rahvusvahelised organisatsioonid ja kohtud ning akadeemilised ringkonnad.<sup>80</sup> Õiguskirjanduses leitakse, et Euroopa Liidu riigihankereeglid nõuavad läbipaistvust peamiselt

<sup>74</sup> EÜKo T-117/17, *Proximus SA/NV*, p 120.

<sup>75</sup> EKo C-171/15, *Connexion Taxi*, p 39.

<sup>76</sup> M. Steinicke ja P. L. Westerdorf. *Op cit.*, lk 295; EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115.

<sup>77</sup> EKo C-19/00, *SIAC Construction*, p 41; EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, p 32 ja seal viidatud kohtupraktika; EÜKo T-553/11, *European Dynamics Luxembourg SA*, p 123; C-275/98, *Unitron Scandinavia ja 3-S*, p 31; EKo C-324/98, *Telaustria ja Telefonadress*, p-d 60-61; EKo C-92/00, *HI*, p 45.

<sup>78</sup> M. Steinicke ja P. L. Westerdorf. *Op cit.*, lk 320.

<sup>79</sup> EÜKo T-553/11, *European Dynamics Luxembourg SA*, p 124 ja seal viidatud kohtupraktika; EÜKo T-117/17 T, p 119.

<sup>80</sup> C. Estevan de Quesada. Competition and transparency in public procurement markets. P.P.L.R. 2014, 5, lk 229.

kahel põhjusel. Esiteks on läbipaistvam hankemenetlus tõhusam, sest läbipaistvus võimaldab ette näha, milline hankelepingu muutmine on lubatav. Teiseks aitab läbipaistvus vähendada korruptsiooniohtu.<sup>81</sup>

Juhul, kui hankelepingule kohaldataks tüüptingimuste regulatsiooni selliselt, et mõned tingimused langeksid lepingust välja alles lepingu täitmise faasis, siis rikutaks sellega nii võrdse kohtlemise kui läbipaistvuse põhimõtet, sest tüüptingimuste tühisuse tuvastamise eesmärk on lepingulise tasakaalu oluline muutmine.

„Oluline muudatus“ on Euroopa Liidu autonoomne õigusmõiste, sest see ei viita ühegi liikmesriigi õigusele, ei olnud kuni uute hankedirektiivide vastuvõtmiseni defineeritud Euroopa Liidu õigusaktides<sup>82</sup> ega ole seal ammendavalt defineeritud ka praegu. Seetõttu tuleb mõiste tõlgendamisel arvestada Euroopa Kohtu praktikat, sest autonoomsete mõistete tõlgendamise õigus on liidu õiguse ühetaolise kohaldamise tagamiseks Euroopa Kohtul.<sup>83</sup> Üldistatult on oluline muudatus selline muudatus, millel on vähemalt teoreetiliselt<sup>84</sup> mõju konkurentsile.<sup>85</sup>

Olulise muudatuse kriteeriumid määratles Euroopa Kohus esmalt *presstext Nachrichtenagentur* kohtuasjas ning mitteammendava loeteluna sätestati need ka hankedirektiivi artikli 72 lõikes 4, mis Eesti õigusse on üle võetud RHS § 123 lg-ga 2. Hankelepingu olulise muutmise võrdsustab Euroopa Kohus uue hankelepingu sõlmimisega ning see on ebaseaduslik seetõttu, et sellise uue lepingu sõlmimisele ei ole eelnenud nõuetekohast hankemenetlust.<sup>86</sup> Juhul, kui kehtiva hankelepingu tingimusi – näiteks lepingu eset, kestust või hinda – võiks vabalt muuta, siis oleks hankeõiguse põhimõtete järgimine ja vaba konkurentsi kaitsmine ainult näiline.<sup>87</sup>

Hankelepingu olulise muudatusega on tegu siis, kui muudetud hankelepingu tingimused oluliselt erinevad esialgse hankelepingu omadest, mis viitab poolte soovile pidada läbirääkimisi hankelepingu tingimuste muutmiseks.<sup>88</sup> Muudatust hinnates tuleb arvestada konkreetse hankija vajaduste ja kõnealuse hankelepingu spetsiifikaga.<sup>89</sup> Põhimõtteliselt ei ole kehtiva hankelepingu tingimuste oluline muutmine hankija ja pakkuja kokkuleppega

---

<sup>81</sup> C. Estevan de Quesada. *Op cit.*, lk 230.

<sup>82</sup> EKo C-516/16, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen*, p-d 48-49.

<sup>83</sup> Vt nt EKo C-393/18, *PPU*, p 46.

<sup>84</sup> Viide 64.

<sup>85</sup> S. T. Poulsen. *Op cit.*, lk 170.

<sup>86</sup> EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 34; EKo C-91/08, *Wall*, p 37; EKo C-337/98, *komisjon vs Prantsusmaa*, p-d 44 ja 46.

<sup>87</sup> S. T. Poulsen. *Op cit.*, lk 169.

<sup>88</sup> EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 34; EKo C-337/98, *komisjon vs Prantsusmaa*, p-d 42-44.

<sup>89</sup> S. T. Poulsen. *Op cit.*, lk 170.



võimalik, vaid hankija peaks korraldama muudetud tingimuste rakendamiseks uue hankemenetluse.<sup>90</sup>

*Finn Frogne* lahendis täpsustas Euroopa Kohus, et tähtis pole mitte subjektiivne element ehk see, kas hankelepingu poolte tahe oli suunatud hankelepingu tingimuste uuesti läbi rääkimisele, vaid objektiivne element ehk see, kas hankelepingut oluliselt muudeti või ei. Lepingu muutmine pooltevahelise kompromissiga ei tee olematuks võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist.<sup>91</sup> Selline kohtu järeldus on kooskõlas ELTL artikliga 101, mis keelab igasuguse konkurentsimoontonutuse ega viita subjektiivsele elemendile.<sup>92</sup> Hankelepingu objektiivseks muudatuseks oleks ka tüüptingimuste lepingust väljaarvamine tüüptingimuste regulatsiooni alusel.

Hankelepingu oluline muudatus võib tuleneda lisaks kohtuotsusele, pooltevahelisele kokkuleppele või kompromissile ka seadusemuudatusest, kuid isegi riigisisese õiguse muutmisega ei saa õigustada hanke üldpõhimõtete eiramist.<sup>93</sup>

Konsolideeritud kohtupraktika alusel on hankedirektiivis ja RHS-s välja toodud neli mitteammendavat alust, mille esinemisel ilmneb hankelepingu oluline muudatus. Sealjuures on seadusandja neid aluseid kitsendanud, sest *presstext Nachrichtenagentur* asjas selgitas Euroopa Kohus, mida võib pidada olulisteks muudatusteks, direktiivi tekst aga *kohustab* vastavaid muudatusi pidama olulisteks.<sup>94</sup>

Esiteks muudetakse hankelepingut oluliselt siis, kui muudetud tingimused oleksid võimaldanud hankemenetluses osaleda mõnel sellisel pakkujal, kes kõrvale jäi, või oleks kaasa toonud mõne teise pakkumuse edukaks tunnistamise.<sup>95</sup> Näiteks võinuks mõni teine pakkuja edukalt konkureerida hankelepingule, millest alles täitmise faasis arvatakse tühise tüüptingimusena välja pakkuja kohustus maksta teatud lepingurikkumise eest suurt leppetrahvi.

Praktikas võib olla raske hinnata, kas pakkujate ring oleks muudetud tingimuste puhul olnud suurem või mitte, sest tihti toimub nii hankelepingu muutmine kui vastav vaidlus alles siis, kui lepingut on täidetud juba mitu aastat. Hankijal on võimalik väita, et muudatus ei oleks pakkujate ringi suurendanud või toonud kaasa teise pakkumuse edukaks tunnistamist, ainult siis, kui pakkumusi oli mitu ja edukas pakkumine oli paremuselt järgmisest

<sup>90</sup> EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 30; EKo C-91/08, *Wall*, p 42.

<sup>91</sup> EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 33.

<sup>92</sup> A. Brown. Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 *Finn Frogne* A/S. P.P.L.R. 2017, 1, lk 9.

<sup>93</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2010, 4, lk 256.

<sup>94</sup> S. Treumer. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. P.P.L.R. 2014, 3, lk 148; vt ka EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p-d 35-37.

<sup>95</sup> EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 35; EKo C-91/08, *Wall*, p 38; EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 28; hankedirektiivi art 72 lg 4 (a); RHS § 123 lg 2 p 1.

mäekõrguselt üle. Ülejäänud juhtudel tuleb tõdeda, et konkurentsi kahjustamine on vähemalt teoreetiliselt võimalik.<sup>96</sup>

*Finn Frogne* kohtuasjas täpsustas kohus, et ka hanke eseme ulatuse oluline vähendamine tähendab seda, et kaasatud võinuks olla palju suurem hulk ettevõtjaid.<sup>97</sup> See täpsustus on praktikas oluline, sest *pressetext Nachrichtenagentur* lahendis peeti konkurentsi kahjustavaks ja seetõttu lubamatuks just hanke eseme ulatuse laiendamist, tänu millele sai lepingu juba võitnud pakkuja hakata pakkuma ka teenuseid, mille pakkumise õiguse saamiseks ei olnud ta läbinud hankemenetlust.<sup>98</sup> Enne *Finn Frogne* lahendit arvati seetõttu mõnikord, et hankelepingu eseme ulatuse vähendamine ei anna lepingu teiseks pooleks olevale pakkujale eelist, sest lepingust väljalangevate teenuste osas tuleb nagunii korraldada uus hange.<sup>99</sup>

Teiseks muudetakse hankelepingut oluliselt siis, kui riigihanke eseme ulatust laiendatakse oluliselt teenustele, mille hankimist alguses ette ei nähtud.<sup>100</sup> See, mida saab lugeda ulatuse oluliseks laiendamiseks, on suhteline ja sõltub lepingu väärtusest.<sup>101</sup> Tühise tüüptingimuse väljaarvamine lepingust ei saa sellist tagajärge kaasa tuua.

Kolmandaks on hankelepingu olulise muutmisega tegu siis, kui muudatusega kallutatakse lepingu tasakaalu pakkuja kasuks viisil, mida algsetes tingimustes ette ei nähtud.<sup>102</sup> Seevastu õiguse ja kohustuste tasakaalu muutmine hankija kasuks ei ole reeglina keelatud, sest ei kahjusta konkurentsi. Erandiks on olukorrad, kus pakkuja kasutab sellist muudatust hankija survestatamiseks,<sup>103</sup> nõustudes näiteks väiksema hinnaga, kui hankija jätab vastutaks kasutamata oma õiguse lepingu ennetähtaegselt lõpetada.<sup>104</sup> Hankelepingu sisalduva tüüptingimuste tühisuse tuvastamine saab hankelepingu õiguste ja kohustuste tasakaalu kallutada ainult pakkuja kasuks, sest tüüptingimuste tühisuse tuvastamise eesmärk on kaitsta seda lepingupoolt, kes tingimusi ei kehtestanud.

Neljandaks loetakse hankelepingu oluliselt muudetuks pakkuja vahetumisel lepingus, välja arvatud siis, kui hankija nägi sellise võimaluse ette hanke alusdokumentides.<sup>105</sup> Kohtuasjas *Wall* täpsustas Euroopa Kohus siiski, et alltöövõtja vahetamine hankelepingus võib olla keelatud oluline muudatus isegi juhul, kui selline võimalus oli hanketingimustes ette nähtud. See võib nii olla siis, kui esialgse alltöövõtja kasutamine oli määrava tähtsusega

<sup>96</sup> K. Hartlev ja M. W. Liljenbøl. *Op cit.*, lk 54.

<sup>97</sup> EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 29.

<sup>98</sup> A. Brown. *Op cit.*, lk 9.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, p 36; hankedirektiivi art 72 lg 4 (c); RHS § 123 lg 2 p 3.

<sup>101</sup> Viide 96.

<sup>102</sup> EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, p 37; hankedirektiivi art 72 lg 4 (b); RHS § 123 lg 2 p 2.

<sup>103</sup> K. Hartlev ja M. W. Liljenbøl. *Op cit.*, lk 55.

<sup>104</sup> *Ibid.*; vt ka EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, kohtujurist Kokotti ettepanek, p 90.

<sup>105</sup> EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, p 40; hankedirektiivi art 72 lg 4 (d); RHS § 123 lg 2 p 4.

põhjus, mille tõttu hankija pakkuja kontsessioonilepingu andis.<sup>106</sup> Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine ei saa kaasa tuua ka pakkuja vahetumist lepingus.

Seega on magistritöö teemat arvestades asjakohased hankelepingu olulise muutmise esimene ja kolmas määratlus<sup>107</sup>: lepingu oluline muutmine sellisel, et muudetud tingimused oleksid võimaldanud hankelepingule konkureerida suuremal arvul pakkujatel või toonud kaasa lepingu sõlmimise mõne teise pakkujaga; ning lepingu tasakaalu kallutamine pakkuja kasuks viisil, mida esialgsetes hanketingimustes ette ei nähtud.

Kehtiva hankelepingu oluline muutmine on lubatav siis, kui hankija jättis endale selle õiguse hankedokumentides.<sup>108</sup> Selline võimalus peab olema selgelt sätestatud ja sedavõrd kindlalt määratletud, et kõigil hankest huvitatud pakkujatel oleks võimalik seda ühtemoodi mõista. Ainult nii on leping koos võimalike muudatustega olnud avatud konkurentsile algusest peale<sup>109</sup> ja ainult nii tagatakse pakkujate võrdne kohtlemine<sup>110</sup> ka hankelepingu täitmise faasis.<sup>111</sup> Kõiki võimalikke muudatusi ei ole võimalik ammendavalt sätestada: näiteks riskide jaotuse või leppetrahvide suuruse muutmine või vastutuse piiramine on muudatused, mille tegemisega ilmselt kaasnevad läbirääkimised. Seetõttu on need muudatused läbipaistvuse ja võrdse kohtlemise põhimõtetega vastuolus, isegi kui hankija nägi nende tegemise ette juba hanketingimustes.<sup>112</sup>

Selleks, et muudatus oleks ammendavalt reguleeritud, tuleb hankijal kirjeldada võimaliku muudatuse sisu, mitte selle rakendamise viisi, sest viimasel juhul tuleb pooltel muudatuse sisu alles läbi rääkida.<sup>113</sup> Tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise võimalikkust hankelepingu kehtivuse ajal ei oleks võimalik hankedokumentides sätestada kahel põhjusel. Esiteks hindab kohus tüüptingimusi *ex officio* poolte esitatud tõendite alusel ning pakkujatel ei ole võimalik hankedokumentide avalikustamise ajal ette näha potentsiaalsete kohtuvaidluste lõpptulemust. Teiseks oleks hanketingimuste vaidlustamine kehtivas hankelepingus vastuolus nii pakkujate võrdse kohtlemise, läbipaistvuse kui hea usu põhimõttega, nagu selgitatakse hüpoteese kontrollides magistritöö teises ja kolmandas peatükis.

Lõpuks on oluline märkida, et muudatus võib olla ühest küljest oluline – näiteks kallutada hankelepingu õiguste ja kohustuste tasakaalu pakkuja suunas – kuid olla

---

<sup>106</sup> EKo C-91/08, *Wall*, p 39.

<sup>107</sup> Hankedirektiivi art 72 lg 4 (a) ja (b); RHS § 123 lg 2 p-d 1 ja 2.

<sup>108</sup> EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115; hankedirektiivi art 72 lg 1 (a).

<sup>109</sup> K. Hartlev ja M. W. Liljenbøl. *Op cit.*, lk 56.

<sup>110</sup> EKo C-549/14, *Finn Frogne*, p 37; EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p-d 112, 115, 117 ja 118.

<sup>111</sup> S. T. Poulsen. *Op cit.*, lk 169; EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115.

<sup>112</sup> K. Hartlev ja M. W. Liljenbøl. *Op cit.*, lk 57.

<sup>113</sup> *Ibid.*

samaaegselt hankedirektiivis sätestatud lubatud muudatusena. Sellisel juhul on tegu hankelepingu õiguspärase muudatusega.<sup>114</sup>

Lubamatult muudetud hankelepingu saab hankija ennetähtaegselt lõpetada. Selle õiguse peab liikmesriik hankijale tagama hankedirektiivi artikli 73 (a) alusel. Eesti õiguses on see hankijale antud RHS § 124 lg 1 p-ga 1. Nagu selgus tüüptingimuste kohaldamise analüüsist, peab tühiste tüüptingimustega leping tervikuna edasi kehtima, kui see on õiguslikult võimalik. Sealjuures on lepingu kehtima jäämise üle otsustamise õigus *ex officio* kohtul.

Lähtudes eeldusest, et tühiste tüüptingimustega leping on *de facto* oluliselt muudetud hankeleping hankeõiguse tähenduses, tekib olukord, kus see leping tuleks võlaõigusliku tüüptingimuste regulatsiooni alusel jätta kehtima, kuid hankeõiguse põhimõtetest tulenevalt lõpetada. Seda vastuolu ja vastuolu ületamise võimalusi uuritakse töö kolmandas peatükis, teise hüpoteesi kontrollimisel.

---

<sup>114</sup> M. A. Simovart. Juridica 2016, 1, lk 56.

## 2. HANKELEPINGU SÕLMIMISE VIIS

### 2.1 Pakkuja tüüptingimustega hankepingu poolena

Tüüptingimuste direktiivi artikli 4 lg 1 kohaselt tuleb lepingutingimuse ebamõistlikult kahjustava olemuse hindamisel võtta arvesse nii lepingu objektiks oleva kauba või teenuse laadi kui ka kõiki lepingu sõlmimisega asjaolusid.<sup>115</sup> Eesti õiguses on tüüptingimuse ebamõistlikult kahjustava olemuse hindamisel aluseks VÕS § 42 lg 1. Ka see sätestab kohustuse arvestada tingimuse hindamisel muuhulgas lepingu sõlmimise viisi, kusjuures tüüptingimuse tühisust ja sellega seotud asjaolusid tuleb hinnata lepingu sõlmimise aja seisuga.

Hankepingud, mida käesolevas magistritöös analüüsitakse, sõlmitakse võistleva menetluse tulemusena RHAD-s sätestatud tingimustel.<sup>116</sup> Seega tuleb sellise lepingu hindamisel analüüsida, kas eduka pakkumuse esitanud pakkuja pidi pakkumuse esitamise ajaks mõistma nii tingimuste sisu kui nende lepingus kasutamise tagajärgi. Samuti on vajalik analüüsida, kas pakkujal oli võimalik tingimuste sisu mõjutada, arvestades et hanketingimused jõustuvad lõplikult alles pärast seda, kui möödub nende RHS §-s 189 sätestatud vaidlustamise tähtaeg. Asjaolu, et hankepingus sisalduvate tüüptingimuste analüüsi puhul tuleks igal juhul arvestada hankepingu sõlmimise spetsiifikat, on kaudselt kinnitanud ka Riigikohus, mis 2015. aastal selgitas, et tüüptingimuste hindamisel peab Eesti kohus arvestama Euroopa Liidu asjakohastes direktiivides sätestatud eesmärkide ja põhimõtetega.<sup>117</sup> Hankepingu puhul on sellisteks direktiivideks hanke- ja õiguskaitse direktiiv.

Järgnevalt kontrollitaksegi, mida tuleb arvesse võtta võistleva hankemenetluse puhul ning kuidas tuleks arvestada pakkuja võimalust mõjutada hankepingu tingimusi läbi vaidlustusvõimaluse. Peatüki esimeses osas võrreldakse pakkuja positsiooni lepingu sõlmimisel teiste ettevõtjate omaga, kes sõlmivad lepingu oma majandus- ja kutsetegevuses, ning tarbijaga, kes sõlmib tarbijalepingu. Peatüki teises osas analüüsitakse seda, kas riigihangete vaidlustusmenetlus võimaldab pakkujal mõjutada hanketingimuste sisu.

Pakkuja positsiooni hindamiseks analüüsitakse esmalt tarbijalepingutele kohalduvat tüüptingimuste regulatsiooni läbi Euroopa Kohtu praktika ning ettevõtjatevaheliste lepingute

<sup>115</sup> EKo C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing*, p 42; EKo C-243/08, *Pannon GSM*, p 39.

<sup>116</sup> RHS § 4 p 17 defineerib riigihanke alusdokumendid kõigi hankija esitatud dokumentidena, mis määratlevad konkreetse riigihanke üksikasjad, sealhulgas pakkuja ja taotleja esitatud tingimused. RHS § 77 lg 4 sätestab riigihanke alusdokumentide miinimumsisu.

<sup>117</sup> RKTko 3-2-1-135-15, p 16.

sõlmimise viisi läbi Saksa BGB Müncheni kommentaaride ja kohtupraktika. Sealjuures analüüsitakse, millised neist järeldustest on ülekantavad hankelepingute sõlmimise viisile.

Eesti tüüptingimuste regulatsioon on suures osas inspireeritud Saksa BGB-st, nagu näitavad allikaviited võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaandes. Saksa AGBG, kus tüüptingimuste regulatsioon enne 2002. aastat paiknes, oli omakorda eeskujuks tüüptingimuste direktiivile.<sup>118</sup> Saksamaal on tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisala laiendamist ettevõtjatevahelistele lepingutele analüüsitud oluliselt rohkem kui Eestis, muuhulgas BGB Müncheni kommentaaride 2019. aasta versioonis. Seetõttu on otstarbekas kontrollida, kas mõni Saksamaa debati järeldustest võiks laieneda hankelepingutele.

### 2.1.1 Tüüptingimused majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutes

Eestis on tüüptingimuste regulatsiooni laiendamist majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutele põhjendatud sellega, et lepinguline suhe peab olema heauskne ja poolte suhtes õiglane ka siis, kui tegemist ei ole tarbijalepinguga.<sup>119</sup> See on argument, mille abil kaitstakse tüüptingimuste regulatsiooni laiendamist ettevõtjatevahelistele lepingutele ka Saksa õiguses.<sup>120</sup> Õiguskirjanduses märgitakse samuti, et tüüptingimuste regulatsiooni laiendamine ärilepingutele ei ole ebatavaline, sest võrreldavalt reguleerivad ärilepingu poolte kaitset ka PECL ja UPICC, samuti Põhjamaade lepinguõigus ja DCFR.<sup>121</sup>

Kuigi kõik võlasuhted peaksid olema õiglased, sõltub see, mida saab lugeda õiglaseks käitumiseks, lepingu sõlmimise viisist. Eestis pole seni analüüsitud, kuidas erineb tüüptingimuste regulatsiooni abil tagatav lepinguline õiglus ettevõtjatevahelistes lepingutes õiglusest tarbijalepingutes. Selle küsimuse käsitlemisel on väidetud vaid seda, et tüüptingimuste regulatsioon ei peaks laienema kõigile ärilepingutele, vaid ainult neile, mille on sõlminud väikesed ja keskmise suurusega ettevõtted, sest suured ettevõtjad on majanduslikult tugevas positsioonis ning võivad tüüptingimuste regulatsiooni kuritarvitada.<sup>122</sup> See oleks hea usu põhimõttega vastuolus, sest tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise üheks eelduseks on see, et üks lepingupool on teisest oluliselt nõrgemas positsioonis.<sup>123</sup>

Saksa õiguses paikneb tüüptingimuste regulatsioon BGB §-des 305-310. Tüüptingimuse definitsioon Saksa BGB § 305 lg-s 1 kattub direktiivi omaga: tegemist on

<sup>118</sup> G. Straetmans ja C. Cauffman. *Op cit.*, lk 93; C. Ginter. Master's thesis, lk 3.

<sup>119</sup> Viide 12.

<sup>120</sup> MüKoBGB § 310 rn 33.

<sup>121</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2008, 1, lk 34; PECL 2:104, 4:110 ja 5:103; UPICC: artiklid 2.1.19-2.1.22 ja 3.10; DCFR: Intr 27; II – 9:406 ja II – 9:409.

<sup>122</sup> C. Ginter. Master's thesis, lk 35.

<sup>123</sup> *Ibid.*

poolte vahel läbi rääkimata tingimusega, mille sisu pool, kelle suhtes tingimust kasutatakse, ei saa mõjutada.

Saksa ja Eesti regulatsiooni sarnasuseks on see, et majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingute puhul teise poole ebamõistlikku kahjustamist ebamõistliku tüüptingimusega ainult eeldatakse. Järelikult on teisel poolel võimalik see eeldus ümber lükata.

BGB-s sätestab majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingute vähem range kontrolli BGB § 310<sup>124</sup>, mille kohaselt kontrollitakse ettevõtjatevahelistes tüüptingimustega lepingutes ainult seda, kas tüüptingimused vastavad mõistlikkuse põhimõttele. BGB § 308 ja § 309 nimekirju ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste kohta, mis on tühised kas automaatselt või ainult eelduslikult – nn musta ja halli nimekirja – sellistele lepingutele üldiselt ei kohaldata. Siiski võib BGB § 307 alusel toimuv mõistlikkuse kontroll viia selleni, et tuvastatakse tüüptingimuse tühisus, sest tingimus osutub ebamõistlikult kahjustavaks ja vastab mõnele BGB § 308 või § 309 nimekirja tingimusele.

Müncheni kommentaarides märgitakse, et BGB § 307 alusel toimuv mõistlikkuse kontroll peab olema direktiivikonformne, sest BGB §-ga 307 võttis Saksamaa üle tüüptingimuste direktiivi artikli 3. Iga tüüptingimus, mis on vastuolus tüüptingimuste direktiivi artikliga 3, tuleb seetõttu lugeda ebamõistlikuks ka BGB § 307 tähenduses.<sup>125</sup>

BGB § 307 lg 1 kohaselt on tüüptingimus tühine, kui see hea usu vastaselt kahjustab teist lepingupoolt. Ebamõistlik kahjustamine võib tuleneda ka sellest, et tüüptingimus ei ole selgelt mõistetav. BGB § 307 lg 2 kohaselt eeldatakse tüüptingimuse ebamõistlikult kahjustavat olemust siis, kui tingimus ei vasta seaduse olulistele põhimõtetele, ja siis, kui tingimus piirab lepingulisi õigusi ja kohustusi nii oluliselt, et lepingu eesmärgi saavutamine muutub küsitavaks.

Seega ei ole BGB-s ühest küljest eeldust, et ettevõtjatevahelistes lepingutes sisalduvad tüüptingimused on tühised, kuid teisalt on need tingimused siiski allutatud mõistlikkuse kontrollile, mis võib lõppastmes viia tüüptingimuste tühisuse tuvastamiseni BGB § 308 või § 309 alusel ka majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingute puhul.

Eesti õiguses reguleerib majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud tüüptingimustega lepinguid VÕS § 44. Vastavalt sellele on ebamõistlikult kahjustavad tüüptingimused VÕS § 42 lg 3 tähenduses tarbijalepingutes automaatselt, kuid ettevõtjatevaheliste lepingute puhul vaid eelduslikult tühised. Nii on VÕS § 42 lg 3 Eesti õiguses paralleelselt nii must kui hall nimekiri. Tarbijal ei ole kohustust tõendada, et VÕS § 42 lg 3 nimekirjale vastavad

<sup>124</sup> BGB § 310 praegu kehtiv redaktsioon jõustus 29.07.2014.

<sup>125</sup> MüKoBGB § 307 rn 22.

tingimused on teda ebamõistlikult kahjustavad, aga ettevõtjatevahelise lepingu puhul on tingimuse kasutajal võimalus tõendada, et tingimus ei ole ebamõistlik ja ei kahjusta teist lepingupoolt.<sup>126</sup> Arvestades majandus- ja kutsetegevuses tegutsevate isikute riske, mis tarbija omast erinevad, peab ärilepingu see pool, kelle suhtes tüüptingimust kasutatakse, sealjuures esmalt põhistama, milles seisneb tüüptingimuse ebamõistlikult kahjustav olemus. Seejärel on tingimuse kasutajal võimalus need väited kummutada.<sup>127</sup>

Hankelepingu puhul peaks pakkuja tüüptingimuse tühisusele tuginemiseks tõendama, et tal ei olnud võimalik hankelepingu tingimuste sisu täielikult mõista ega mõjutada. Hankija peaks tõendama vastupidist, kui taotleb, et kohus ei tuvastaks vaidlustatud tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavat olemust ja sellest tulenevalt tühisust. Tulenevalt TSMS § 5 lg-st 2 on pooltel tsiviilkohtumenetluses võrdne võimalus oma nõude põhjendamiseks ja vastaspoole nõudele vastuvaidlemiseks. Sealjuures saab pool ise valida, milliste asjaoludega ta põhjendab oma nõuet ja milliste tõenditega tõendab asjaolusid.

Nii Saksa BGB kui Eesti VÕS reguleerivad eraldi ka olukorda, kus tüüptingimus ei ole lepingu osaks saanudki. Kui tuvastatakse, et tingimus ei ole lepingu osaks saanud, puudub vajadus eraldi hinnata selle tühisust.

BGB § 305 lg 2 kohaselt saab tüüptingimus lepingu osaks vaid siis, kui tingimuse kasutaja (1) sellest lepingu teisele poolele selgesõnaliselt teada annab või, kui selgesõnalise teadaande esitamine on ebaoproportsionaalselt raske, teeb tingimuse kasutamise lepingu sõlmimise kohas selgelt nähtavaks; ja (2) annab lepingu teisele poolele aktsepteeritaval moel ja arvestades mõistlikult teise poole füüsilist puuet, mis on talle nähtav, võimaluse tingimuse sisuga tutvuda; ja kui lepingu teine pool tingimuse kasutamisega nõustub. BGB § 305 lg 3 lubab pooltel sama artikli teise lõikega arvestades enne kindlat tüüpi tehingu tegemist kokku leppida, et sellele tehingule kohaldatakse tüüptingimusi. Eesti õiguses vastab BGB § 305 lg-le 2 VÕS § 37 lg 1 ja BGB § 305 lg-le 3 VÕS § 37 lg 2.<sup>128</sup> Tingimus, millest pool, kelle suhtes seda kasutatakse, aru ei saa, ei muutu lepingu osaks.

Saksa ja Eesti regulatsiooni erinevus seisneb selles, et BGB § 305 lg-d 2 ja 3 majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutele ei kohaldu. See tuleneb samuti BGB §-st 310, mille esimese lõike kohaselt ei kohaldata lepingutele, mille teiseks pooleks on tarbija asemel ettevõtja, avalik-õiguslik juriidiline isik või sihtasutus, sätteid tüüptingimuse lepingu osaks saamise kohta.

---

<sup>126</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 42 kommentaar 4.8.1, lk 230.

<sup>127</sup> RKTko 3-2-1-139-14, p 12.

<sup>128</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 37 kommentaar 2, lk 199.



BGB § 305 lg-te 2 ja 3 kohaldamata jätmise tähendab, et Saksa seadusandja hinnangul peab majandus- ja kutsetegevuses lepingu sõlminud isik igal juhul tutvuma lepingu tingimustega ja tegema need endale arusaadavaks. Seda nõuaks ettevõtjalt ka käibes vajaliku hoole rakendamine<sup>129</sup> ja see on kooskõlas hea usu põhimõttega<sup>130</sup>. Eesti õiguses selline erisus puudub, kuigi hankemenetluse puhul võib pakkuja hoolsuskohustuse riigihangete seaduse mõttest siiski tuletada, nagu selgitatakse alljärgnevalt.

Eesti õiguse alusel saavad tüüptingimused VÕS § 37 lg 1 alusel lepingu osaks siis, kui tingimuse kasutaja neile enne lepingu sõlmimist selgelt viitas ning lepingu teisel poolel oli vähemalt võimalik tingimuste sisust teada saada.<sup>131</sup> Samuti muutuvad tüüptingimused VÕS § 37 lg 1 alusel lepingu osaks siis, kui lepingu sõlmimise viisist tulenevalt võis nende olemasolu eeldada ja teisel lepingupoolel oli võimalus tüüptingimuste sisust teada saada.<sup>132</sup> Sealjuures ei ole oluline, kas teine lepingupool kasutas tegelikkuses oma võimalust tüüptingimustega tutvuda ja nende sisu teada saada.<sup>133</sup>

Tüüptingimused ei pruugi saada lepingu osaks sellistel juhtudel, kui tingimuse kasutaja ei suuda tõendada, et tingimused on lepingu teise pooleni üldse jõudnud.<sup>134</sup> Hankelepingu puhul ei saa sellist olukorda üldiselt tekkida, sest tavaliselt tehakse RHAD pakkujatele RHS § 77 lg 1 kohaselt kättesaadavaks riigihangete elektroonilises registris. RHS § 45 lg-s 2 loetletakse siiski ka olukorrad, kus RHAD-i elektrooniline edastamine ei ole võimalik – näiteks nõutakse RHAD-s RHS § 45 lg 2 p 3 kohaselt sellise näidise või mudeli edastamist, mida ei ole võimalik elektrooniliselt üles laadida. Sellisel juhul edastatakse dokumendid pakkujatele RHS § 77 lg 2 alusel mitte-elektrooniliselt. TSÜS § 69 lg 2 alusel loetakse need kättesaaduks, kui dokumendid on jõudnud pakkuja asukohta ja pakkujal on olnud mõistlik võimalus nendega tutvuda.

Kuna avatud hankemenetluse puhul on hankelepingu sõlmimise viis alati selline, et tüüptingimuste olemasolu on eeldatav, siis on hankelepingus sisalduvad tingimused, mida pooled ei ole pärast RHAD-i avaldamist edukalt vaidlustanud, VÕS § 37 lg 1 teise lause kohaselt ka alati hankelepingu osad. Selle võib välistada vaid VÕS § 37 lg 3 kohane olukord, kus hankelepingus sisalduv tingimus on sõnastatud selliselt, et lepingupool ei suuda seda tingimust olulise pingutuseta mõista.<sup>135</sup> Selline olukord on ebatõenäoline, sest igal

<sup>129</sup> BGB § 276 lg 2: Hooletus on käibes vajaliku hoole rakendamata jätmise.

<sup>130</sup> BGB § 242: Võlgnik peab kohustuse täitmisel käituma heauskselt, arvestades sealjuures harilikku tava.

<sup>131</sup> Viide 43.

<sup>132</sup> Viide 42.

<sup>133</sup> Viide 44.

<sup>134</sup> M. Kingisepp. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte 2011, lk 189: näiteks ei saa pakettreise tingimused lepingu osaks, kui reisikorraldaja esitab tingimused infolehtedel ega suuda tõendada tingimuste klientideni jõudmist.

<sup>135</sup> Viide 42.

pakkumisest huvitatud isikul on võimalik RHS § 45 lg 1 alusel esitada hankijale selgitustaotlus ning hankija peab RHS § 46 lg 1 alusel selgitused tegema kõigile pakkujatele elektrooniliselt kättesaadavaks. Sealjuures keelab RHS § 46 lg 3 muuta RHAD-s algselt esitatud tingimusi.<sup>136</sup>

Saksa õiguskirjanduses on käsitletud ka liikmesriigi kohustust arvestada hankelepingule kohalduva riigisisese õiguse puhul kogu Euroopa Liidu *acquis*'d.<sup>137</sup> Ühe näitena esitatakse BGB Müncheneri kommentaarides Euroopa Liidu direktiiv maksetega hilinemise kohta<sup>138</sup>, mille liikmesriigid kohustusid üle võtma hiljemalt 16. märtsiks 2013 ja mille isikulises kohaldamisalas on ka hankijad, sest nad teostavad makseid pakkujatele. Direktiivi artikli 4 lg 6 alusel ei tohi maksetähtajad üldjuhul ületada 30 kalendripäeva ja mitte mingil juhul 60 kalendripäeva.<sup>139</sup> Kuna Saksamaa direktiivi tähtaegselt üle ei võtnud, tekkis Saksa kohtutel kohustus tõlgendada olemasolevat riigisisest õigust kooskõllaliselt EL õigusega. Selleks analüüsiti hankelepingutes tüüptingimustena sätestatud maksetähtaegade pikkust BGB § 307 alusel. Juhul, kui hankelepingus sätestatud maksetähtaeg ületab 60 päeva, on tegu teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustava tüüptingimusega BGB § 307 tähenduses. Arvestades, et nii pikad tähtajad on maksetega hilinemise direktiiviga absoluutselt keelatud, on tegemist nn musta nimekirja tingimusega ja see on BGB § 309 alusel tühine tüüptingimus. Kui aga hankija sätestab hankelepingus maksetähtaja, mis ületab 30 kalendripäeva ja jääb alla 60 kalendripäeva, siis tuleb direktiivikonformsel hindamisel arvesse võtta nii BGB § 307 nõudeid kui direktiivi artikli 4 lg 6 täpset sõnastust, hindamaks sellise tähtaja mõistlikkust ja tüüptingimuse kehtivust.

### 2.1.2 Hea usu ja mõistlikkuse põhimõtted

Selle, milliste eelduste kontroll on tüüptingimuste tühisuse tuvastamiseks vajalik, on avanud Euroopa Kohus oma praktikas. Ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuste peamised kriteeriumid on hea usu vastasus ja see, et tingimus kallutab lepinguliste õiguste ja kohustuste tasakaalu ebaõiglaselt nõrgema lepingupoole kahjuks.<sup>140</sup> Nende eelduste täidetust saab

<sup>136</sup> M. A. Simovart käsitles selgitustaotlust 2008. aastal, mil kehtis eelmine riigihangete seadus, kus selgitustaotlusi reguleeris § 56. Vt M. A. Simovart. Juridica 2008, 1, lk 35.

<sup>137</sup> Von Dr T. Oelsner, KommJur 2013, 241: kogu selles lõigus esitatud analüüs põhineb dr T. Oelsneri käsitusel.

<sup>138</sup> Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/7/EL, 16. veebruar 2011, hilinenud maksmisega võitlemise kohta äritehingute puhul. Euroopa Liidu Teataja L 48.

<sup>139</sup> Direktiivi 2011/7/EL art 4 lg 6: „Liikmesriigid tagavad, et lepinguga ette nähtud maksetähtajad ei ole pikemad, kui on sätestatud lõikes 3 [30 kalenderipäeva], välja arvatud juhul, kui lepingus on selgesõnaliselt teisiti kokku lepitud ja kui see on lepingu eripära või eriliste tunnusoonte tõttu objektiivselt põhjendatud, ning et need ei ületa mingil juhul 60 kalendripäeva.“

<sup>140</sup> Viide 46.

teadaolevate faktide ja õiguslike asjaolude pinnalt hinnata vaid liikmesriigi kohus.<sup>141</sup> Nii on see sellepärast, et lepingu sõlmimisega seonduvad aspektid on fakti-, mitte õiguse küsimus.<sup>142</sup> Faktiküsimus on ka see, kas tingimus on hea usu põhimõtte vastane, ja seetõttu ei ole Euroopa Kohtul võimalik anda hea usu põhimõtte rikkumise kohta ühtset ja siduvat tõlgendust.<sup>143</sup> Ühtse tõlgenduse andmise teeks samuti keeruliseks asjaolu, et hea usu põhimõtte on mõnede liikmesriikide – näiteks Eesti ja Saksa – õiguses üldine võlaõiguslik põhimõtte, kuid teistes liikmesriikides – näiteks Ühendkuningriigis – see nii ei ole.<sup>144</sup>

Heausksuse sisu eraõigusliku lepingu tõlgendamisel on Euroopa Liidu õiguses siiski avatud. Esmalt selgitatakse tüüpitingimuste direktiivi preambula põhjenduspunktis 16, et heausksuse hindamisel tuleb erilist tähelepanu pöörata lepinguosalise positsiooni tugevusele läbirääkimistel, ja sellele, kas tarbijat mõjutati tingimusega nõustuma. Müüja täidab heausksuse kohustuse siis, kui kohtleb teist lepingupoolt ausalt ja õiglaselt. Sellest lähtuvalt on Euroopa Kohus andnud siseriiklikele kohtutele juhise müüja heausksust kontrollides kindlaks teha, kas tarbija suhtes ausalt ja õiglaselt käituv müüja võis mõistlikult eeldada, et tarbija nõustuks vaidlusaluse tingimusega ka siis, kui pooled selles eraldi kokku lepiksid.<sup>145</sup>

Eesti õiguses on üldine heas usus käitumise kohustus sätestatud TSÜS § 138 lg-s 1. VÕS § 6 lg 1 konkretiseerib üldise kohustuse sellega, et kohustab heas usus käituma kõigi võlasuhete osapooli.<sup>146</sup>

Kuna hea usu põhimõtte on normatiivne põhimõtte, kohaldab kohus ka seda *ex officio*, sõltumata poolte väidetest, andes sealjuures pooltele võimaluse esitada omapoolseid seisukohti.<sup>147</sup> Hea usu põhimõttega on seotud VÕS §-s 7 sätestatud mõistlikkuse põhimõtte, mille kohaselt loetakse võlasuhtes mõistlikuks see, mida samas olukorras heas usus tegutsevad isikud loeksid tavaliselt mõistlikuks. Mõistlikkuse hindamisel tuleb arvestada võlasuhte olemust, tehingu eesmärki, vastava tegevusala tavasid ja muid olulisi asjaolusid. Hea usu ja mõistlikkuse põhimõtte on omavahel seotud ka Saksa õiguses, sest BGB § 242 kohaselt on võlasuhte pooltel kohustus käituda heas usus, võttes sealjuures arvesse pooltevahelist tava.

Ülalviidatud Euroopa Kohtu praktikas<sup>148</sup> on hea usu põhimõtte samuti avatud läbi mõistlikkuse printsiibi: müüjal on alust eeldada, et tarbija oleks tema kehtestatud tingimustega

<sup>141</sup> G. Straetmans ja C. Cauffman. *Op cit.*, lk 104.

<sup>142</sup> EKo C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, p 22.

<sup>143</sup> G. Straetmans ja C. Cauffman. *Op cit.*, lk 98.

<sup>144</sup> N. Reich. *General Principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia 2014, lk 190-191.

<sup>145</sup> EKo C-342/13, *Sebestyén*, p 28; EKo C-415/11, *Aziz*, p 69.

<sup>146</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 6, kommentaar 1, lk 32.

<sup>147</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 6, kommentaar 4.1.1, lk 33 ja seal viidatud kohtupraktika.

<sup>148</sup> Viide 145.

nõustunud ka vabalt kujunevatel läbirääkimistel ainult siis, kui selliste tingimustega informeeritult nõustumine oleks tarbijate jaoks tavapärane.

Seetõttu tuleb tüüptingimuste mõistlikkuse hindamisel arvestada vastava kutse- või tegevusala tavaid. Nii leitakse ka Saksa BGB Münchener kommentaaride 2019. aasta redaktsioonis.<sup>149</sup>

Erinevalt Eestist on Saksamaal põhjalikult arutletud selle üle, kui õigustatud on tüüptingimuste regulatsiooni laiendamine ettevõtjatevahelistele suhetele ning kas regulatsiooni kohaldamise eeldusi tuleks muuta.<sup>150</sup> Arvestades, et magistritöös analüüsivad hankelepingud on tüüptingimustel sõlmitud lepingud, aga tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise spetsiifika kohta hankelepingutele puudub Eestis rakenduspraktika, võiks BGB Münchener kommentaarid olla Eestile sobivaks võrdlusmaterjaliks.<sup>151</sup> Eesti ja Saksa õigus on tüüptingimuste regulatsiooni osas äärmiselt sarnased, sest Eesti regulatsioon on inspireeritud BGB-st.

Tüüptingimuste teemalise debati põhjuseks Saksamaal on mitmed empiirilised uuringud, mis on näidanud, et tüüptingimuste kohaldamine ettevõtjatevahelistele lepingutele kahjustab Saksamaa majanduskeskkonda, sest ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste paratamatuks tagajärjeks on tühisus.<sup>152</sup> See mõjutab eriti negatiivselt selliste suuremahuliste lepingute sõlmimist, mis sisaldavad kompensatsioonimehhanisme lepingu erakorralise lõpetamise puhuks või tagatise kohustuste täitmiseks.<sup>153</sup> Sellise tüüptingimuse tühiseks osutumine ja lepingust väljalangemine tähendab ettevõtjale potentsiaalselt suurt rahalist kaotust. Nii suur risk on paljude ettevõtjate jaoks vastuvõetamatu ning selle vältimiseks valitakse võimalusel suurtele piiriülestele tehingutele kohalduma muu õigus kui Saksa oma.<sup>154</sup> Hankelepingute ning muude majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingute oluline erisus seisneb selles, et pakkujal on võimalik hankelepingu tingimuste sisu vaidlustusmenetluses siiski mõjutada.

Kuigi Müncheni kommentaaride põhjal valitseb üksmeel selles osas, et tüüptingimuste regulatsiooni laiendamine ärilepingutele võib äritegevust pärssida, arvatakse siiski, et ärilepingutes sisalduvate tüüptingimuste mõistlikkuse kontroll BGB § 307 alusel võib olla vajalik. Seda põhjendatakse sellega, et kui ärilepingud jääksid BGB § 307 kohaldamisalast välja, siis loetaks BGB §-s 308 ja §-s 309 sisalduvad tarbijalepingutes keelatud

<sup>149</sup> MüKoBGB § 310 kommentaarid.

<sup>150</sup> MüKoBGB § 310 rn 24.

<sup>151</sup> RKTko 3-2-1-89-14, p 26; RKTko 3-2-1-145-04, p 39.

<sup>152</sup> MüKoBGB § 310 rn 24 ja seal viidatud uuringud: Leuchneri 2014. aasta uuring tüüptingimuste kasutamisest ettevõtjatevahelistes lepingutes jt.

<sup>153</sup> MüKoBGB § 310 rn 13 ja seal viidatud kohtupraktika *bring or pay* kompensatsiooniklauslite kasutamisest ärilepingutes: BGH NJW 2013, 856 m. krit. Anm. *Faber/Rieger*; NZM 2016, 408 mAnm *Kappus*.

<sup>154</sup> *Ibid.*

tüüptingimused ärilepingutes alati kehtivateks.<sup>155</sup> See ei oleks kooskõlas üldise õigluse eesmärgiga, millega üldiselt põhjendatakse tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisala laiendamist ärilepingutele.

BGB § 307 alusel toimuvat mõistlikkuse kontrolli hinnatakse ühest küljest liiga jäigaks<sup>156</sup>, sest see toimub kõigi tüüptingimuste suhtes ega arvesta seda, et ettevõtjate vahel jagunevad riskid teisiti kui ettevõtja ja tarbija vahel.<sup>157</sup> Teisalt on „ebamõistlik kahjustamine“ määratlemata õigusmõiste ja jätab kohtutele seetõttu ulatusliku tõlgendamisruumi. Seetõttu väidavad tüüptingimuste regulatsiooni reformimise vastased, et seadusemuudatus pole vajalik ning BGB § 307 kohaldamisel ja tüüptingimuste ebamõistlikkuse hindamisel tuleb lihtsalt rohkem arvestada pooltevahelist tava. Vajadust arvestada mõistlikkuse sisustamisel vaatlusaluse võlasuhte olemust ja vastava kutseala tava rõhutatakse ka VÕS § 7 puhul.<sup>158</sup>

Saksa BGB reformi pooldajad näevad praeguste probleemide lahendamiseks kolme võimalust. Esiteks võiks kahele ettevõtjale anda võimaluse omavahelises lepingus kokku leppida, millised tingimused loetakse tüüptingimusteks ja millised mitte.<sup>159</sup> Mõistlikkuse kontroll ja sellest lähtuvalt võimalik tühisuse tuvastamine toimuks vaid tüüptingimuste suhtes.

Teiseks võimaluseks peetakse tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamist vaid väikesemahuliste lepingutele, kusjuures piir väikese- ja suuremahuliste lepingute vahel tõmmataks 500 tuhande ja ühe miljoni euro vahele. Sellise mahuga tehingutele eelnevad reeglina läbirääkimised, millesse on kaasatud ka juriidilised nõustajad. Seetõttu on selliseid tehinguid sõlmivad ettevõtjad erinevalt tarbijatest kindlasti võimelised riske hindama ja oma huve kaitsma.<sup>160</sup> Oponentide hinnangul ei ole otstarbekas lepinguid eristada mitte nende mahu alusel, sest kuhu tahes tõmmatud piir tekitaks vaidlusi piirialale jäävate mahtude korral. Pigem tuleks tüüptingimusi kohaldada ainult tüüplepingutele, sest seal on tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine mõlema ettevõtjast poole huvides.<sup>161</sup>

Kolmas võimalus on täpsustada kontrollikriteeriumeid, mida BGB § 307 kohaldamisel ärilepingutele peaks arvestama. Müncheni kommentaarides rõhutatakse majanduslikku vajadust tagada ettevõtjatele omavahelistes lepingutes suurem lepinguvabadus, kui tüüptingimuste direktiiv lubab tagada tarbijalepingutes.<sup>162</sup> Sel põhjusel on soovitatud BGB § 307 ümber sõnastada selliselt, et ettevõtjatevaheliste lepingute tüüptingimuste

<sup>155</sup> MüKoBGB § 310 rn 11 ja seal viidatud kohtupraktika.

<sup>156</sup> MüKoBGB § 310 rn 25.

<sup>157</sup> MüKoBGB § 310 rn 11.

<sup>158</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 7 kommentaar 4.1, lk 53.

<sup>159</sup> MüKoBGB § 310 rn 26 ning seal viidatud allikad, võimaliku kataloogi tüüp- ja tavatingimuste eristamiseks vt *Müller/Griebeler/Pfeil* BB 2009, 2558 (2661 ff.).

<sup>160</sup> MüKoBGB § 310 rn 27 ning seal viidatud allikad.

<sup>161</sup> MüKoBGB § 310 rn 31.

<sup>162</sup> MüKoBGB § 310 rn 28 ning seal viidatud allikad.

mõistlikkust hinnates tuleb alati arvesse võtta pooltevahelist praktikat.<sup>163</sup> Pooltevahelist praktikat võimaldaks Eesti õiguses lisaks VÕS §-s 7 sätestatud mõistlikkuse põhimõttele arvestada ka VÕS § 42 lg-s 1 sõnastatud „teised olulised asjaolud“, mida tüüptingimuse hindamisel tuleks arvestada. Saksa õiguse puhul tähendaks pooltevahelise praktika kui ühe kriteeriumi sätestamine BGB §-s 307 seda, et edaspidi oleks BGB § 310 lg 1 viide BGB §-le 307 enamiku majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingute puhul lihtsalt viide õiguse üldpõhimõttele - mõistlikkusele.<sup>164</sup>

Müncheni kommentaaride autor on seisukohal, et kui pooled ärilepingus kasutavad tüüptingimuse definitsioonile vastavat tingimust, siis aktsepteerivad nad seda reeglina teadlikult ja vabatahtlikult ning selline tingimus on nende jaoks järelikult ka mõistlik. Erandiks võiksid olla vaid lepingud, mille ettevõtja sõlmib väljaspool oma harilikku majandus- ja kutsetegevust, näiteks toitlustusfirmaga sõlmitav leping firma juubelipeo toitlustamiseks. Sellises lepingus sisalduvad tingimused võiksid alluda BGB § 307 sisulisele kontrollile, mis võib teatud juhtudel viia selleni, et tingimuste puhul tuvastatakse nende tühisus BGB § 308 või § 309 nimekirja alusel, nagu see on ka tarbijalepingute puhul.<sup>165</sup> Selle ettepaneku aluseks olev loogika kattub Euroopa Kohtu arutluskäiguga „tarbija“ mõiste määramisel: tarbijaks tuleb lugeda füüsiline isik siis, kui ta sõlmib lepingu väljaspool oma tavapärast majandus- ja kutsealast tegevust, sest sellisel juhul on tal teisest poolest vähem teavet ning ta on vähem võimeline hindama lepingu sõlmimisega kaasnevaid riske ja andma lepingu sõlmimiseks vajalikku informeeritud nõusolekut.<sup>166</sup> Samaväärset kaitset ei ole põhjendatud anda isikule, kes sõlmib lepingu oma majandus- ja kutsetegevuses.

Hankelepingu sõlmimisele eelneb hankemenetlus, mille täpse korra sätestab riigihangete seadus. Selle korra tundmist saab oodata igahelalt, kes soovib esitada riigihankes pakkumust. Seega tuleb hankelepingu sõlmimise puhul pidada mõistlikuks kutsealaseks praktikaks seda, et pakkuja järgib riigihangete seaduses sätestatud korda.

### 2.1.3 Selgitustaotlused ja kinnitused

Nagu eelnevalt selgitatud, on Euroopa Kohus „tarbija“ mõistet tõlgendanud laiendavalt ning selle alla mahuvad kõik isikud, kes sõlmivad lepingu väljaspool oma majandus- ja kutsetegevust. Selliste isikute kaitsmine tüüptingimuste regulatsiooniga on vajalik seetõttu, et neil on lepingu kohta eeldatavasti vähem teavet kui teisel poolel, st esineb

---

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> MüKoBGB § 310 rn 33.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Viide 30.

informatsiooni asümmeetria tingimuse kehtestaja kasuks.<sup>167</sup> Informatsiooni asümmeetria tekib tüüptingimuste kasutamisel ka seetõttu, et tingimuste kehtestaja kasutab tüüptingimusi mitmetes lepingutes, kuid lepingu teine pool peab tingimusi igakordselt eraldi analüüsima.<sup>168</sup> Kui ta annab küll lepingule aktsepti, aga ei mõistnud poolte erineva informeerituse tõttu lõpuni tingimuste sisu ja nende lepingus kasutamise tagajärgi, siis on tüüptingimus ebaõiglane ning kohus peaks selle lepingust *ex officio* kõrvaldama. Sellisel juhul ei läheks kohus lepingust tüüptingimusi eemaldades ka vastuollu üldise lepinguvabaduse põhimõttega, vaid lähtuks sellest, et lepingu nõrgem pool ei ole tühiste tüüptingimuste kasutamiseks andnud tegelikku nõusolekut.<sup>169</sup>

Selline põhjendus eristab ühtlasi tüüptingimuste tühisust teistest tühisuse alustest, mis jagunevad TSÜS §-des 10-13 ja § 25 lg-s 4 sätestatud isikust tulenevateks tühisuse alusteks, TSÜS § 77 lg-s 1 ja § 83 lg-s 1 sätestatud tehingu vormiga seotud puudusteks ning TSÜS §-des 86-90 sätestatud tehingu sisuga seotud puudusteks.<sup>170</sup>

Isikust tulenevate puuduste korral on tehing tühine sellepärast, et isikul ei ole oma piiratud teovõime või puuduva esindusõiguse tõttu üldse võimalik anda tehingu tegemiseks kehtivat nõusolekut, olenemata tehingu sisust. Vormipuudusega tehingu tühisus kaitseb avalikku usaldust, et kehtivad ainult seaduses sätestatud kohustuslikku vormi järgivad tehingud. Sisupuudusega tehingud on tühised, sest ühiskond ei saa aktsepteerida ka vabatahtlikku informeeritud nõusolekut, mis on antud näiteks seadusevastase lepingu sõlmimiseks. Seevastu tüüptingimuste võimaliku tühisuse hindamisel tuleb välja selgitada, kas lepingu nõrgem pool üldse on andnud informeeritud nõusoleku olla tingimusega seotud.

Ebapiisava teabe puhul ei saa lepingu teine pool teha informeeritud otsust selle kohta, kas lepingu sõlmimine on tema jaoks kasulik.<sup>171</sup> Euroopa Kohtu hinnangul tuleb informatsiooni asümmeetria ületamiseks tarbijale anda teavet nii lepingueelselt kui koos lepinguga, sest ainult sellise teabe alusel on tarbijal võimalik teha informeeritud otsus lepingu sõlmimise kohta.<sup>172</sup>

Hankelepingu tingimused tehakse vastavalt RHS § 77 lg 4 p-le 4 pakkuja teatavaks juba RHAD-s. Pakkumuse tegemiseks peab pakkuja hanketingimusi hindama ning otsustama, kas ja millise hinnaga võimaldab tema seisund ja kvalifikatsioon hankelepingule

<sup>167</sup> EKo C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*, p 63; EKo C-226/12, *ERSTE Bank Hungary*, p 39; EKo C-537/13, *Šiba*, p 23 jt.

<sup>168</sup> G. Straetmans ja C. Cauffman. *Op cit.*, lk 92.

<sup>169</sup> M. Kingisepp. Tüüptingimuste õigusliku reguleerimise vajadus ja põhimõtted lepinguteoorias. *Juridica* 1998, 9, lk 465 ning seal refereeritud Stauderi ja Atiyah' teooriad.

<sup>170</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve ja M. Käerdi. TSÜS Komm, lk 262.

<sup>171</sup> EKo C-537/13, *Šiba*, p 23.

<sup>172</sup> EKo C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*, p 63; EKo C-226/12, *ERSTE Bank Hungary*, p 39.

konkureerida.<sup>173</sup> Arusaamatute tingimuste kohta on pakkujal võimalik RHS § 45 lg 1 alusel küsida selgitusi ning hankija teeb selgitused RHS § 46 lg 1 alusel elektrooniliselt kättesaadavaks kõigile pakkujatele. Selgituse esitamata jätmine ja hilisem tuginemine tingimuse ebaselgusele oleks vastuolus hea usu põhimõttega.

Isik, kes on jätnud vastuväite õigeaegselt esitamata, kuigi tal oli selleks võimalus, ei või seda vastuväidet esitada hiljem.<sup>174</sup> *Venire contra factum proprium* – vastuoluline käitumine – on keelatud, sest vastuoluline käitumine on üks õiguse kuritarvitamise vorm ja õiguste kuritarvitamise keeld tuleneb hea usu põhimõttest.<sup>175</sup> Isik kuritarvitab oma õigust siis, kui ta on õiguse kasutamise eeldused küll formaalselt täitnud, aga õiguse kasutamine läheks vastuollu õiguse olemuse või eesmärgiga.<sup>176</sup>

Ühe näitena õiguste kuritarvitamise keelust võib tuua Saksamaa kohtulahendi, kus Saarbrückeni kõrgem regionaalkohus keelas hankijal ja pakkujal ebaseadusliku hankelepingu tagasitäitmise, sest pooled olid lepingu sõlminud omavahelise õigusvastase kokkuleppe alusel. Sellise lepingu tagasitäitmise lubamine oleks vastuolus heade kommete ehk BGB § 138 lg-st 1 tuleneva keeluga.<sup>177</sup> Sama põhimõtet kajastab Eesti õiguses VÕS § 1028 lg 2 p 3, mille kohaselt ei või lepingupooled nõuda alusetu rikastumise sätete alusel saadut tagasi, kui see oleks vastuolus tehingu tühisust ettenägeva sätte või sellise sätte eesmärgiga. VÕS § 1028 on kehtestatud just Saksa võlaõiguse reformi raames tehtud ettepanekute alusel.<sup>178</sup>

Pakkuja kohustust küsida hankijalt õigeaegselt selgitusi kinnitab ka Euroopa Kohtu praktika. Nimelt on Euroopa Kohus menetlustähtaegu käsitlevates kohtuvaidlustes leidnud, et erandlikes olukordades võivad hanketingimused olla sõnastatud siiski nii segaselt, et korraliku ettevõtja hoolsusega käitunud pakkuja võis heauskselt eeldada, et mõistab tingimusi õigesti, kuid mõistis neid tegelikkuses valesti. Kui pakkuja on sellises olukorras minetanud hanketingimuste segase sõnastuse tõttu vaidlustustähtaja, tuleks tema eksimus õiguskindluse põhimõttest lähtuvalt ja pakkuja õiguspärase ootuse kaitseks lugeda vabandatavaks.

<sup>173</sup> P. Minumets ja D. Kulm. *Op cit.*, lk 160: teoses käsitletakse hanketeadet, mille avaldamisega algas hankemenetlus RHS vana redaktsiooni alusel.

<sup>174</sup> Vt nt RKTko 3-2-1-63-17, p 26.3: isik ei saa tugineda vahekohtu kokkuleppe puudumisele, kui ei esitanud kokkuleppe puudumise vastuväidet vahekohtumenetluse toimumise ajal.

<sup>175</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve ja M. Käerdi. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Edaspidi „TSÜS Komm“. Tallinn: Juura 2010. TSÜS § 138 kommentaar 3.7.3.4, lk 421; I. Kull. VÕS Komm I, § 6 kommentaar 4.2.3.1, lk 41.

<sup>176</sup> A. Lenaerts. The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law. E.R.P.L. 2010, 6, lk 1122.

<sup>177</sup> OLG Saarbrücken, 1 U 159/14, 17.08.2016.

<sup>178</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 1028, kommentaar 2, lk 586.



Sealjuures on aga nõutav, et pakkuja tõepoolest käitus heauskselt ja näitas üles korraliku ettevõtja hoolsust<sup>179</sup>, st tema eksimus ei tulenenud tema enda tegemata jätmisest.

Sellise järelduseni on jõutud ka Riigikohtu praktikas. Kui pakkuja on oma hoolsuskohustuse täitnud ning leiab heauskselt, et tingimused on üheselt mõistetavad ja selged, puudub tal enda hinnangul vajadus küsida hankijalt selgitusi. Eeldusel, et pakkuja suudab hoolsuskohustuse täitmist tõendada, ei saa talle ilmselt hiljem ette heita selgituste küsimata jätmist, isegi kui ta sai tingimustest tegelikkuses valesti aru.<sup>180</sup>

Pakkuja hoolsuskohustust tingimuste sisu väljaselgitamisel on analüüsinud Tallinna Ringkonnakohus lahendis 3-11-1452. Pakkuja, kellel tekib hanketingimusi lugedes kahtlus tingimuste tegeliku tähenduse osas, peab kasutama RHS-ga ettenähtud võimalust selgituse küsimiseks. Selle tegemata jätmine tähendab, et pakkuja käitub raskelt hooletult VÕS § 104 lg 4 tähenduses, st jätab käibes vajaliku hoole olulisel määral järgimata. Vastavalt VÕS § 15 lg-le 4 loetakse juhul, kui isik ei teadnud õiguslikku tähendust omavat asjaolu raske hooletuse tõttu, et ta pidi seda asjaolu teadma. Tingimuste sisu selgitamisel tuleb pakkuja hoolsuskohustust hinnata ka läbi TSÜS § 138 lg-st 1 tuleneva hea usu põhimõtte, mis hankemenetluses laieneb nii hankijale kui pakkujale. Pakkuja ei või ebaselgete hanketingimuste puhul jätta kasutamata selgituse küsimuse võimalust ja lähtuda hilisemas kohtuvaidluses endale kõige sobivamast tõlgendusest, sest sellega kuritarvitab ta oma õigusi.<sup>181</sup>

Pärast tingimuste sisu analüüsimist ja veendumist, et tingimustest on õigesti aru saadud, peavad pakkujad hindama, kas suudavad tingimusi täita. Hankija peab kõigi pakkujate puhul kontrollima ja pakkujad peavad tõendama kõrvaldamise aluste puudumist ja kvalifitseerimistingimuste täitmist. Tulenevalt hankedirektiivi artikli 56 lg-st 1, RHS § 99 lg-st 3, RHS § 104 lg-test 6-8 ja RHS § 120 lg-st 1 ei või hankija sõlmida lepingut pakkujaga, kelle pakkumus ei vasta hankedokumentides esitatud nõuetele või tingimustele, kelle suhtes esineb mõni kõrvaldamise alus või kes ei vasta kvalifitseerimise tingimustele. Järelikult peab iga pakkuja hankemenetluses hindama oma suutlikkust hankelepingut täita, käitudes sealjuures korraliku ettevõtja hoolsusega, ja andma selle suutlikkuse kohta heauskseid kinnitusi.<sup>182</sup>

Nii kõrvaldamise aluste puudumise kui kvalifitseerimise tingimuste täitmise kontrolli eesmärk on tuvastada, kas pakkuja on suuteline lepingut nõuetekohaselt täitma.<sup>183</sup> Näiteks on

<sup>179</sup> EÜKo T-207/07, *CMB Maschinenbau & Handels GmbH*, p 99.

<sup>180</sup> RKHKo 3-3-1-24-13, p 16.

<sup>181</sup> TlnRnKo 3-11-1452, p-d 17-18.

<sup>182</sup> EÜKo T-207/07, *CMB Maschinenbau & Handels GmbH*, p 99.

<sup>183</sup> D. Minumets ja P. Kulm. *Op cit.*, lk 173.

hankedirektiivi artikli 57 lg 4 (b) ja (i) ning RHS § 95 lg 4 p 3 alusel üheks pakkuja kõrvaldamise aluseks pakkuja maksejõuetus, kuid ettevõtjal, kes on pankrotis või kelle suhtes toimub maksejõuetus- või likvideerimismenetlus, on võimalus tõendada, et ta on siiski suuteline lepingut täitma. Sellisel juhul teda pakkujate ringist ei kõrvaldata. Samuti annavad hankedirektiivi artikli 57 lg 6 ja RHS § 95 lg 4 pakkujale õiguse tõendada mõne muu kõrvaldamise aluse esinemisel, et ta on võtnud meetmeid oma usaldusväärsuse taastamiseks. Kõrvaldamise aluste puudumist peab pakkuja tõendama tõendite abil, mis on sätestatud hankedirektiivi artiklites 59, 60 ja 61 ning riigihangete seaduse § 96 lõigetes 1-3 ja §-s 104.

Kvalifitseerimise tingimuste eesmärgiks on tõendada, et pakkujal on õigusvõime, finantssuutlikkus, tehniline ja kutsealane suutlikkus lepingu täitmiseks. Sellest tulenevalt on hankijal õigus seada kvalifitseerimistingimusi, mille abil kontrollitakse pakkuja sobivust tegelda kutsetööga, majanduslikku ja finantsseisundit ning tehnilist ja kutsealast suutlikkust. Näiteks on hankijal hankedirektiivi artikli 58 lg 4 teise taande ja RHS § 101 lg 1 alusel õigus nõuda pakkujalt kutsealase suutlikkuse tõendamiseks tõendeid piisava kogemuse kohta.

Kvalifitseerimistingimuste täitmise kohta võib hankija nõuda hankedirektiivi lisas XII sätestatud tõendeid. Eesti õiguses reguleerivad kvalifitseerimistingimuste täitmise tõendamist RHS §-d 98-106.

Kõik kvalifitseerimistingimused peavad tulenevalt hankedirektiivi artikli 58 lg-st 1 ja RHS § 98 lg-st 1 olema seotud ja proportsionaalsed hankelepingu esemega. Kvalifitseerimistingimus on õiguspärane, st vastav ja proportsionaalne, kui ta on kohane ja vajalik.<sup>184</sup> Kohane tingimus väljendab pakkuja võimet lepingu nõuetekohaseks täitmiseks. Vajalik on tingimus siis, kui pakkuja lepingu täitmise võimet ei saa tõendada vähem koormava tingimuse abil.<sup>185</sup>

Kuna hankija peab hanketingimusi sisustades lähtuma RHS-i nõuetest, siis võiks hankelepingus pidada teist poole ebamõistlikult kahjustavaks tüüptingimuseks VÕS § 42 lg 1 tähenduses just sellist tingimust, mis ei ole hanke esemega seotud või pole selle suhtes proportsionaalne.

Juhul, kui hankedokumentides sätestatud kvalifitseerimistingimused ei ole seotud hanke esemega või selle suhtes proportsionaalsed, saab pakkuja tingimused lepingueelselt vaidlustada RHS § 185 lg 2 p 1 alusel ning nõuda hankijalt RHS § 190 lg 4 p 2 alusel hanketingimuste kooskõlla viimist riigihangete seadusega. Kohustus seada vaid proportsionaalseid kvalifitseerimistingimusi on Eesti õiguses sätestatud RHS § 98 lg-s 1 ja

---

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> P. Minumets ja D. Kulm. *Op cit.*, lk 174 ja seal viidatud kohtupraktika: TlnHKO 3-09-2756, p 7; tingimuse proportsionaalsuse hindamise kohta ka VAKO 291-14/156643, p 10.9.3.4.9, ja VAKO 275-14/155132, p 6.

ühtlasi RHS § 3 p-s 1, millest hankeõiguse üldpõhimõttena tuleneb hankija kohustus tegutseda riigihanke läbiviimisel proportsionaalselt.

Ebaproportsionaalsete või hanke esemega mitte seotud kvalifitseerimistingimuste edukal vaidlustamisel tingimuste sisu muutub. Seejärel peab pakkuja uuesti hindama oma suutlikkust täita vaidlustusega muudetud tingimusi.

Pakkumust esitades annab ta – esialgu RHS § 104 lg-s 1 kirjeldatud hankepassis – lõpliku kinnituse, et on võimeline kohustusi kandma.<sup>186</sup> Sealjuures peab ta arvestama, et kui tema pakkumus on edukas ja hankija soovib temaga sõlmida hankelepingut, siis nõuab hankija temalt RHS § 104 lg 8 alusel ka dokumentide esitamist antud kinnituste kohta. Hea usu põhimõte ei luba anda teadvalt vale kinnitust või esitada ebatõese sisuga dokumente. Pakkuja, kes järgib võlasuhte poole VÕS § 6 lg-st 1 tulenevat kohustust käituda heas usus, ei või aktsepteerida lepingu tingimusi ning anda nende täitmise suutlikkuse kohta kinnitust, kuid hiljem samu tingimusi vaidlustada kui ebamõistlikult kahjustavaid. Sama kinnitab riigihangete vaidlustuskomisjoni praktika: näiteks ei saa pakkuja, kes kinnitas oma vastavust kvalifitseerimise tingimusele, sama tingimuse sisu hiljem vaidlustada.<sup>187</sup>

Seda, et hankemenetluses oodatakse pakkujalt heauskset käitumist, mis väljendub oma lepingu täitmise võimekuse adekvaatses hindamises ja teadvalt õigete kinnituste andmises, ilmestavad ka RHS § 91 lg 1 ja RHS § 218.

RHS § 91 lg 1 lubab hankijal jätta pakkujale tagastamata või realiseerida pakkujalt saadud tagatise, kui pakkuja võtab pakkumuse tagasi selle jõusoleku tähtaja jooksul ja pärast pakkumuste esitamise tähtpäeva või kui hankeleping jääb pakkuja tegevuse või tegevusetuse tõttu sõlmimata või kui pakkuja küll sõlmib lepingu, aga ei asu seda endast tulenevatel põhjustel täitma. Kui pakkuja esitab hankemenetluses teadvalt valeandmeid ja kahjustab sellega hankijat või teisi pakkujaid, siis tekib tal RHS § 218 alusel kahju hüvitamise kohustus.

Pakkujale, kes ei nõustu hankija tingimustega, on ette nähtud võimalus RHAD-i vaidlustamiseks, mida pikemalt analüüsitakse magistritöö järgmises alajaotuses. Asjaolu, et turul on alati ka pakkujaid, kes ei suuda täita hankija tingimusi, mis on seatud hankija vajaduste rahuldamiseks, ei tähenda, et pakkujaid tuleks kohelda samaväärselt tarbijaga nõrgema lepingupoolena. Ühegi lepingu pooled ei saa isegi täieliku lepinguvabaduse olukorras ja hästi informeerituna nõuda lepingusse vaid endale meelepäraseid tingimusi, sest lepinguvabadus on ka teisel poolel, kes lähtub läbirääkimistel oma huvidest ja vajadustest.

Arvestades, et pakkuja suutlikkuse usaldusväärne hindamine on hankija jaoks lepingu sõlmimise üks olulisi eelduseid, ei ole ühelgi juhul õigustatud pakkuja nõustumine

<sup>186</sup> RHS § 104, hankepassis esitatavad andmed.

<sup>187</sup> VAKO 58-18/194776, p 12.

tingimustega, millest pakkuja teab, et ei suuda neid täita. Teadvalt valede kinnituste andmist ei saa vabandada asjaolu, et hankelepingud on pakkujatele ihaldusväärsed, sest need on mahukad ja hankija on üldjuhul usaldusväärne lepingupartner.<sup>188</sup>

Peale selle on hankemenetlus oma olemuselt võistlev menetlus, mille eesmärk on tagada hankija vajaduste täitmine seeläbi, et hankeleping sõlmitakse kõige sobivama pakkujaga. Pakkujad, kes soovivad saavutada hankelepingu sõlmimist endaga, on ettevõtjad ning nende tegevuse eesmärk ei ole mitte tarbimine, vaid väärtuse loomine ja majandustegevusega tulu teenimine.<sup>189</sup> Ka seetõttu ei ole põhjendatud pakkuja võrdsustamine tarbijaga, kelle lepingu sõlmimise ainus eesmärk on kauba või teenuse tarbimine.<sup>190</sup>

Kui kohtud jätaksid hankelepingu tüüptingimusi hinnates arvestamata, et pakkujad on pidanud tingimuste sisu analüüsima, vajadusel küsima sisu kohta selgitust, hindama oma riskide kandmise võimet ja esitanud seejärel pakkumuse hinnaga, mille eest kohustuvad lepingut täitma, siis lubaksid nad pakkujal käituda vastuolus TSÜS § 138 lg-s 2 sätestatud nõudega oma õigusi mitte kuritarvitada. See on esimene põhjus, miks hankelepingu tüüptingimuste hindamisel VÕS § 6 lg 2 alusel tuleks jätta kohaldamata regulatsiooni see osa, mis näeb ette tüüptingimuse tühisuse. Teiseks põhjuseks on pakkuja võimalus mõjutada hankelepingu tingimuste sisu läbi vaidlustusmenetluse.

## 2.2 Hanketingimuste vaidlustamine

Euroopa Kohtu pädevuses on tõlgendada Euroopa Liidu, kuid mitte liikmesriigi õigust. Riigisisese õiguse kooskõla Euroopa Liidu õigusega peab Euroopa Kohtu tõlgenduste valguses hindama riigisisene kohus ise.<sup>191</sup> Seega tuleb Eesti riigihangete vaidlustamise mehhanismi õiguspärasust hinnata Eesti kohtutel, mis peavad seda tegema Euroopa Kohtu õiguskaitseDirektiive puudutava praktika alusel.

Käesoleva peatüki teises osas kontrollitaksegi, kas Eesti õigusega ette nähtud vaidlustuskord vastab õiguskaitseDirektiiviga nõutule ja tagab pakkujale tema õiguste tõhusa kaitse juba hankelepingu sõlmimise eelselt. Riigihangete vaidlustusmenetlus on meede, mis on vähemalt mõneti võrreldav lepingueelsete läbirääkimistega, sest see võimaldab pakkujal hankelepingus sisalduvate tüüptingimuste sisu mõjutada läbi vaidlustusmenetluse, s.o. enne hankelepingu sõlmimist.

<sup>188</sup> Õiguskirjanduses on selle argumendiga selgitatud, miks on pakkuja hankijast nõrgemas positsioonis. Vt M. A. Simovart. *Juridica* 2008, 1, lk 34.

<sup>189</sup> MüKoBGB § 310 rn 29.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> D. D. Dingel. *Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*. Haag: Kluwer Law International 1999, lk 17.

Kui tüüptingimuse kasutaja tugineb tarbijalepingus argumendile, et ta on tüüptingimuse läbi rääkinud, siis peab ta tõendama nii läbirääkimiste toimumist kui seda, et tarbija sai läbirääkimiste käigus tingimuse sisu mõjutada.<sup>192</sup> Kuna vaidlustusmenetlus on pakkuja seadusega ette nähtud õigus, siis on tõendamiskoormus vastupidine. Selleks, et tugineda tsiviilkohtumenetluses hankelepingu tüüptingimuste tühisusele, peaks pakkuja tõendama, et tal ei olnud võimalik tüüptingimusi lepingueelselt vaidlustada.

Lisaks vaidlustusõigusele on pakkujal võimalik hankelepingu tingimusi mõjutada ka seeläbi, et ta teeb hankijale ettepaneku RHAD-i muuta. Hankija võib RHAD-i RHS § 81 lg 1 alusel muuta kuni pakumuste esitamise tähtaja saabumiseni. Pakkuma ettepanekuga arvestamine ei ole hankijale kohustuslik, kuid keeldumise korral peab ta põhjendama, miks on pakkuja seisukoht tingimuste õigusvastasuse osas ekslik.<sup>193</sup> Arvestades, et RHAD-i muutmise ettepanek ei ole hankijale siduv ning pakkujal on hankija keeldumise korral võimalik esitada vaidlustus VAKO-le, on vajalik analüüsida vaid vaidlustusmenetlust. Seda alljärgnevalt tehaksegi.

### 2.2.1 Vaidlustusõiguse regulatsioon

Hankeõiguse alaseid vaidlustusi reguleerivad EL-i direktiivid 89/665/EÜ ja 92/13/EÜ, mida on muudetud direktiiviga 2007/66/EL. Neile viidatakse töös kui õiguskaitse direktiividele.

Direktiiv 89/665/EMÜ sündis vajadusest tagada hankedirektiivide eesmärkide täitmine liikmesriikides ühetaoliselt<sup>194</sup> ja ennetada selliseid hankeõigusi rikkumisi, mida hiljem heastada pole võimalik.<sup>195</sup> Selleks tuli luua harmoneeritud reeglid riigihankeõigust rikkuvate hankijate otsuste tõhusaks ja võimalikult kiireks vaidlustamiseks.<sup>196</sup> Materiaalõiguslike hankedirektiivide eesmärgid, mida õiguskaitse direktiivid aitavad tagada, on liidusisese läbipaistva ja mittediskrimineeriva konkurentsi tagamine riigihangete valdkonnas.<sup>197</sup> Õiguskaitse direktiiv aitab need eesmärgid saavutada sellega, et paneb

---

<sup>192</sup> M. Kingisepp. Tarbijakaitseõigus, lk 187.

<sup>193</sup> VAKO 275-14-/155132, p-d 3.2, 3.3 ja 6.

<sup>194</sup> C. Bovis. Access to Justice and Remedies in Public Procurement. E.P.P.P.L.R. 2012, 3, lk 194.

<sup>195</sup> EKo C-470/99, *Universale-Bau*, p 74; J. M. Hebly, W. J. ja M. Z. Kos (koostajad). European Public Procurement. Legislative History of the 'Remedies' Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. Kluwer Law International BV, the Netherlands 2011, lk 5.

<sup>196</sup> EKo C-314/09, *Strabag jt*, p-d 31 ja 43.

<sup>197</sup> EKo C-570/08, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias*, p 29.

liikmesriikidele kohustuse näha ette kiired ja tõhusad vaidlustusmenetlused läbipaistvuse ja mittediskrimineerimise põhimõtet rikkuvate otsuste kõrvaldamiseks.<sup>198</sup>

Direktiivi kohaselt võivad liikmesriigid otsustada, millised asutused läbivaatamise korra eest vastutavad.<sup>199</sup> Need asutused võivad, kuid ei pea olema kohtud ELTL artikli 267 tähenduses.<sup>200</sup> Juhul, kui läbivaatamise korra eest vastutav asutus ei ole kohus, peab ta oma otsuseid õiguskaitse direktiivi artikli 2 lg 8 alusel kirjalikult põhjendama. Läbivaatamise korra eest vastutav asutus peab olema sõltumatu, tema liikmetel peab olema kohtunikega võrdne kvalifikatsioon ja nad tuleb ametisse määrata samadel alustel nagu kohtunikud. Olenemata sellest, millised asutused läbivaatamise eest vastutavad, peavad nende otsused alluma kohtulikule kontrollile ehk olema edasikaevatavad. Läbiviimise korra eest vastutavate asutuste otsused peavad olema asjaomaste isikute suhtes õiguslikult siduvad, sest muidu ei vastaks läbivaatamise kord õiguskaitse direktiivi peamistele eesmärkidele: tagada vaidlustusmenetluse kiirus ja tõhusus.<sup>201</sup>

Eestis vastutab hankija otsuste läbivaatamise korra eest VAKO, mille otsused saab edasi kaevata halduskohtusse. VAKO on direktiivi artikli 2 lg 8 tähenduses „muu asutus“. Vastavalt RHS § 185 lg-le 6 kohaldatakse VAKO liikmetele esitatavatele nõuetele kohtute seaduse §-s 47 sätestatut. Kui välja arvata asjaolu, et RHS § 185 lg 4 alusel ei nimetata VAKO liikmeid ametisse kogu eluks, vaid viieks aastaks, siis vastab VAKO kui sõltumatu asutus direktiivi 89/665 artikli 2 lg 8 nõuetele: RHS § 194 alusel kuulab VAKO vaidlustusmenetluses ära hankevaidluse mõlemad pooled või vaatab läbi mõlema poole kirjalikud dokumendid. VAKO otsus peab olema põhjendatud. Vastavalt RHS §-le 200 on VAKO otsused edasikaevatavad halduskohtusse<sup>202</sup> ning jõustunud VAKO otsused on õiguslikult siduvad ja hankijale täitmiseks kohustuslikud.

VAKO on RHS § 187 p 14 alusel hankevaidluste lahendamise kohustuslik kohtueelne organ. Sama kinnitab HKMS § 268 lg 1, mille kohaselt on hankija otsuseid vaidlustav pakkuja kohustatud esmalt läbima kohtueelse vaidlustusmenetluse VAKO-s. Täiendavalt tuleb arvestada HKMS § 47 lg-t 1, mille kohaselt saab isik halduskohtusse kaebuse esitada vaid siis, kui ta on kinni pidanud nõude kohustuslikuks kohtueelseks lahendamiseks ettenähtud korrast, ja ka seda vaid ulatuses, milles kohtueelse vaidluse organ tema nõuet ei rahuldanud. Tulenevalt HKMS § 268 lg-st 4 ei saa pakkuja tugineda hankija otsuse

<sup>198</sup> *Ibid*; C. Ginter ja M. A. Simovart. Access to remedies in EU public procurement law. Ilmunud raamatus: Steinicke, Michael ja Peter L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C. H. Beck, Hart, Nomos ja Dreyersfond 2018, lk 1385.

<sup>199</sup> C. Ginter ja M. A. Simovart. *Op cit.*, lk 1413.

<sup>200</sup> Direktiivi 89/665/EÜ artikli 8 lg 1 tekstis: „EMÜ asutamiselepingu artikli 177 tähenduses”.

<sup>201</sup> C. Ginter ja M. A. Simovart. *Op cit.*, lk 1415.

<sup>202</sup> HKMS § 270 lg 1 sätestab, et VAKO otsuse halduskohtusse edasi kaebamise tähtaeg on 10 päeva.

õigusvastasusele, kui jättis selle tähtaegselt VAKOs vaidlustamata. Kaebuse esitamine otse halduskohtusse ilma VAKOs menetlust läbimata on vastavalt HKMS § 268 lg-dele 1 ja 1<sup>1</sup> võimalik ainult riigisaladuse ja salastatud välisteabega hankeasja korral. Seda rõhutatakse ka pakkujatele suunatud 2017. aastal ilmunud riigihangete teemalises praktilises käsiraamatus.<sup>203</sup> Kuna aga VAKO pädevus tuleneb rangelt RHS-i tekstist, siis on võimalik olukord, kus VAKO ei ole pädev talle esitatud kaebust lahendama ja kaebuse saab esitada ainult otse halduskohtule. VAKO pädevuse küsimust käsitletakse pärast seda, kui on analüüsitud Eesti õiguse alusel vaidlustatavaid hankija otsuseid, kaebeõigust vaidlustusmenetluses ja vaidlustusmenetluse tähtaegu.

Direktiivi 89/665/EÜ artikli 2 lg 1 kohustab liikmesriike ette nägema kolme tüüpi õiguskaitsevahendeid: (1) võtma esimesel võimalusel vahemenetluse korras ajutisi meetmeid, mille abil saab väidetava hankeõiguse rikkumise heastada või ära hoida asjaomaste subjektiivsete õiguste edasise kahjustamise, sh meetmeid, millega peatatakse hankelepingu sõlmimise menetlus või hankija otsuste rakendamine või tagatakse nende peatamine (art 2 lg 1 (a)); (2) kõrvaldama või laskma kõrvaldada hankija ebaseaduslikud otsused, samuti kõrvaldama pakkumiskutsesest ja hankedokumentatsioonist diskrimineerivad tehnilised, majanduslikud või finantsnäitajad (art 2 lg 1 (b)); (3) maksma kahjutasu isikutele, kellele on rikkumisega tekitatud kahju (art 2 lg 1 (c)).

Direktiivi 2007/66/EÜ artikliga 2 (f) kehtestati vaidlustusmenetluses kohustuslikud ooteajad. Selle eesmärk oli hoida ära hankelepingu sõlmimine hankija otsuse läbivaatamise ajal.<sup>204</sup>

Seega jagunevad direktiiviga ette nähtud õiguskaitsevahendid lepingueelseteks ja lepingujärgseteks.<sup>205</sup> Punktides (a) ja (b) on lepingueelsed õiguskaitsevahendid, mis on suunatud hankemenetluse ajal toimuvate rikkumiste kõrvaldamiseks. Nende õiguskaitsevahendite eesmärk on tagada, et hankemenetlus lõpeks sellise hankelepingu sõlmimisega, mis on kooskõlas Euroopa Liidu õigusega. Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on artikli 2 lg 1 p-del (a)<sup>206</sup> ja (b)<sup>207</sup> vahetu õigusmõju. Sätted annavad pakkujale, kelle õigusi on hankija ebaseadusliku otsusega kahjustatud, selge ja tingimusteta õiguse nõuda vastava otsuse kõrvalejätmist, diskrimineerivate tingimuste eemaldamist mistahes hankega seotud dokumentidest või esialgse õiguskaitse korras hankemenetluse peatamist rikkumise

<sup>203</sup> P. Lember, E. Muna, E. Kergandberg, P. Pöld, C. Toomingas, K. Lember ja M. V. Jakobsoo. Riigihanked. 1. septembril 2017 jõustunud riigihangete seaduse praktilised juhised ja selgitused. Tallinn: Derling ja Äripäev 2017, lk 132 ja lk 150.

<sup>204</sup> C. Bovis. Access to Justice and Remedies in Public Procurement, lk 197.

<sup>205</sup> C. Hebly, lk 549; C. Bovis. Access to Justice and Remedies in Public Procurement, lk 195.

<sup>206</sup> EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 40; kohtujuristi arvamuse kohtuasjas EKo C-15/04, *Koppensteiner*, p 99.

<sup>207</sup> EKo C-15/04, *Koppensteiner*, p 38.

heastamiseks või pakkuja õiguste rikkumise edasise kahjustamise vältimiseks. Kui liikmesriik ei ole vastavaid õiguskaitsevahendeid ette näinud või need on vastuolus artikli 2 lg 1 p-dega (a) ja (b), saavad kahjustatud isikud seega tugineda hankija otsuseid vaidlustades otse direktiivile.

Kuna lepingueelsed vaidlustusvõimalused on ette nähtud just pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks, siis oleks kehtiva hankelepingu tingimuste vaidlustamise lubamine tüüptingimuste regulatsiooni alusel vastuolus mitte ainult hea usu põhimõtte, vaid ka hankeõiguse üldpõhimõtetega.

Artiklis 2 lg 1 p-des (a) ja (b) ette nähtud kohtulikule kontrollile alluvad kõik hankija otsused, mis kuuluvad liidu riigihankeõiguse alaste normide kohaldamisalasse ja võivad seega neid norme rikkuda.<sup>208</sup> „Hankija otsust“ tuleb tõlgendada laiendavalt, sest direktiivi 89/665 artikli 1 lg 1 tekst ei näe ette, et vaidlustada saab ainult teatud laadi ja teatud sisuga otsuseid.<sup>209</sup> Liikmesriik peab ette nägema võimaluse iga sellise hankija otsus vaidlustamiseks, mille hankija tegi riigihankedirektiivi materiaalsesse kohaldamisalasse jäävas hankes ja millel võivad olla õiguslikud tagajärjed, olenemata sellest, kas hankija otsus tehti ametlikus riigihankemenetluses või väljaspool seda.<sup>210</sup> Sellise lähenemisviisi eesmärk on ära hoida olukord, kus hankemenetluse korraldamata jätmise õiguspärasust ei oleks võimalik kohtulikult kontrollida<sup>211</sup> ning sisuliselt saaks iga hankija oma suva järgi otsustada, kas ta kohaldab olukorras, kus riigihanke läbiviimine on kohustuslik, hankereegleid või mitte.<sup>212</sup>

Hankija otsused, mida Eesti õiguse alusel saab vaidlustada, on lahtise loeteluna esitatud RHS § 185 lg-s 2. Nendeks on RHAD; taotleja või pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamine; taotleja või pakkuja hankemenetlusest kõrvaldamata jätmine RHS § 97 lg 2 alusel; ettevõtja kvalifitseerimine või kvalifitseerimata jätmine; pakkumuse vastavaks tunnistamine; pakkumuse tagasilükkamine või kõigi pakkumuste tagasilükkamine; pakkumuse edukaks tunnistamine; või muu RHS-i alusel tehtud hankija otsus, mis võib rikkuda vaidlustaja õigusi või kahjustada tema huve. Viimane, RHS § 185 lg 2 p-s 8 sätestatud alus, tagab kooskõla direktiivi 89/665/EÜ artikli 1 lg 1 nõudega: vaidlustada peab saama kõiki hankija otsuseid, olenemata nende laadist või sisust.<sup>213</sup>

Lepingueelsetele õiguskaitsevahenditele lisandub kahjunõue, mille kahjustatud pakkuja saab esitada siis, kui tema õiguste rikkumist ei ole enam võimalik ära hoida.

<sup>208</sup> EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 26; EKo C-260/17, *Anodiki Services EPE*, p 42.

<sup>209</sup> Viide 15.

<sup>210</sup> EKo C-26/03, *Wall*, p 34; EKo C-260/17, *Anodiki Services EPE*, p 44.

<sup>211</sup> EKo C-260/17, *Anodiki Services EPE*, p 46.

<sup>212</sup> EKo C-26/03, *Wall*, p-d 36-37.

<sup>213</sup> EKo C-260/17, *Anodiki Services EPE*, p 43; EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 27; EKo C-26/03, *Stadt Halle*, p 30; EKo C-81/98, *Alcatel Austria*, p 35.



Direktiivi 89/665/EÜ artikli 2 lg-st 6 tulenevalt on sellise olukorraga tegu pärast seda, kui hankeleping on sõlmitud. Säte lubab liikmesriikidel ette näha, et pärast hankelepingu sõlmimist piirduvad läbivaatamise korra eest vastutavate ametiasutuste volitused ainult kõigile kahjustatud isikutele kahjutasu maksmisega, v.a. juhul, kui õigusvastane otsus tuleb kõrvale jätta enne kahjutasu maksmist. Kahjunõude võimaldamine isikutele, kelle õigusi hankija õigusvastase otsuse või õigusvastase hankelepingu sõlmimisega rikuti, on kooskõlas EL-i üldpõhimõttega hüvitada kahju isikutele, kelle kahju tuleneb sellest, et liikmesriik on EL-i õigust raskelt rikkunud.<sup>214</sup> Direktiiv ei sea liikmesriikidele kahjunõude osas mingeid täiendavaid nõudeid, kuid liikmesriik peab tõendamiskoormuse määramisel või hüvitise arvutamise metoodika sätestamisel kinni pidama võrdväärsuse ja tõhususe põhimõtetest.<sup>215</sup>

Sellela, et juba kehtivat hankelepingut ei tühistata, tagatakse õiguskindlus pakkujale, kellega hankija lepingu sõlmis.<sup>216</sup> Samuti kajastab hankelepingu tühistamata jätmine tõhususe põhimõtet, sest hankija otsuste vaidlustamise tõhus kord on üks õiguskaitsevahendite direktiivi eesmärgi.<sup>217</sup> Hankeleping peaks sõlmitama alles siis, kui pakkujad on saanud mõistlike tähtaegade jooksul vaidlustada kõik hankija otsused, millel on õiguslikud tagajärjed ja mis võivad kahjustada nende huve. Ainsaks erandiks on ebaseaduslikult sõlmitud otseleping, mille tühisuse tuvastamine on direktiivi 2007/66/EÜ artikli 2 (d) alusel võimalik kuue kuu jooksul alates lepingu sõlmimisest, sest sellise lepingu sõlmimisele ei eelnenud nõuetekohast menetlust.

Kahjunõude esitamise õigust ei ole vastavalt RHS § 185 lg-le 6 pakkujal, kes ei vaidlustanud õigeaegselt RHAD-i, kuigi tal oli võimalus selleks olemas. Ka see näitab, et kahjunõue on teisene õiguskaitsevahend, ning isikult eeldatakse, et ta oma õigusi võimalusel kaitseks lepingueelselt. Keeld nõuda kahju hüvitamist, kui kahju oli võimalik ära hoida, on kooskõlas VÕS §-st 6 tuleneva hea usu põhimõtte ja TSÜS §-st 138 tulenevast õiguste kuritarvitamise keeluga.

Üldreeglina peab liikmesriik võimaldama hankija otsuste vaidlustamise võimalikult kiiresti.<sup>218</sup> Kaebeõigust ei saa puudutatud isikutele anda alles siis, kui hankemenetlus on jõudnud kindlasse etappi, eriti sellesse, kus hankija teeb juba hankelepingu sõlmimise otsuse.<sup>219</sup> Õiguskaitse direktiivi eesmärgi saavutamine oleks võimatu, kui pakkujatel oleks võimalik igas hankemenetluse etapis hankeõiguse rikkumisele viidates hankija otsuseid vaidlustada ning eduka vaidlustuse korral oleks hankija sunnitud rikkumiste kõrvaldamiseks

<sup>214</sup> D. D. Dingel. *Op cit.*, lk 257.

<sup>215</sup> C. Bovis. Access to Justice and Remedies in Public Procurement, lk 201.

<sup>216</sup> D. D. Dingel. *Op cit.*, lk 256.

<sup>217</sup> EKo C-314/09, *Strabag jt*, p 39.

<sup>218</sup> Direktiivi 89/665 artikli 1 lg-d 1 ja 3; EKo C-538/13, *eVigilo*, p 50.

<sup>219</sup> EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 31; EKo C-276/03, *Stadt Halle*, p 38.

hankemenetlust korduvalt uuesti alustama.<sup>220</sup> Nii peab liikmesriik ette nägema mõistlikud tähtajad iga hankija otsuse vaidlustamiseks ja lubama vaidlustamist võimalikult kiiresti. Pärast liikmesriigi poolt kehtestatud mõistliku vaidlustamisaja lõppemist lõpeb ka vaidlustamisõigus, st tegemist on õigust lõpetava tähtajaga, sest nii tagatakse õiguskindluse kui aluspõhimõtte kohaldamine.<sup>221</sup>

Kaebeõigus hankija otsuste vaidlustamiseks on direktiivi 2007/66/EÜ artikli 1 lg 3 kohaselt isikul, kellel on või võib olla huvi hankelepingu vastu ning kelle huve on kahjustatud või võidakse kahjustada. Reeglina peab selline isik olema hankemenetluses esitanud pakkumuse.<sup>222</sup> Siiski võib kaebeõigus olla ka pakkujal, kes pakkumust ei esitanud. Näiteks on kaebeõigus pakkujal, kes ei saanud pakkumust esitada, sest hankija ei viinud läbi nõuetekohast menetlust.<sup>223</sup> Samuti on kaebeõigus pakkujal, kes ei pidanud pakkumuse esitamist võimalikuks hankedokumentides sisalduvate eelduslikult õigusvastaste tingimuste tõttu. Pakkuja ei pea kaebeõiguse tekke eeldusena esmalt esitama pakkumust, mille kohta teab, et see ei vasta hanketingimustele.<sup>224</sup> Ometi ei saa selline isik esitada kaebust hankija otsuse tühistamiseks enam siis, kui hankeleping on sõlmitud.<sup>225</sup> Nagu eelnevalt selgitatud, kaitstakse pärast hankelepingu sõlmimist juba lepingu võitnud pakkuja õiguskindlust. Ainsaks erandiks on ebaseaduslikult sõlmitud otseleping.

## 2.2.2 Vaidlustusmenetluse tõhusus ja võrdväarsus

Õiguskaitsevahendite direktiivi rakendamisel kohaldub menetlusautonoomia põhimõtte, mis tuleneb Euroopa Kohtu praktikast<sup>226</sup> ja mille nüüdseks sätestab Euroopa Liidu lepingu artikli 19 lõike 1 teine taane: „Liikmesriigid näevad ette tulemusliku õiguskaitse tagamiseks vajaliku kaebeõiguse liidu õigusega hõlmatud valdkonnas.“ Seega peavad riigisisised kohtud kehtestama menetluskorra, mille alusel tagatakse isikutele nende EL õigusest tulenevate õiguste kaitse.<sup>227</sup> Liikmesriikide menetlusautonoomiat piiravad võrdväarsuse ja tõhususe põhimõtted.<sup>228</sup>

<sup>220</sup> EKo C-538/13, *eVigilo*, p 51 ja selles viidatud kohtupraktika; EKo C-470/99, *Universale-Bau* jt, p-d 76-77; EKo C-241/06, *Lämmerzahl*, p-d 50-51; EKo C-456/08, *Komisjon vs Iirimaa*, p-d 51-52.

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> EKo C-230/02, *Grossmann Air Service*, p 27.

<sup>223</sup> D. D. Dingel. *Op cit.*, lk 228.

<sup>224</sup> EKo C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* jt, p 51.

<sup>225</sup> *Ibid*, p 52.

<sup>226</sup> EKo C-6/60, *Humblet*; EKo C-13/68, *Salgoil*; P. Craig ja G. De Burca. EU Law. Text, cases, and materials. Kuues trükk. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 226-227.

<sup>227</sup> EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 155; EKo C-13/68, *Salgoil*, lk 463; EKo 33/76, *Rewe*, p 5, jt.

<sup>228</sup> Vt nt EKo C-33/76, *Rewe*, p 6; EKo C-326/96, *Levez*, p 53.

Võrdväarsuse põhimõte kohustab liikmesriike EL õigusest tulenevate nõuete menetlemiseks ette nägema menetluslikke norme, mis ei oleks ebasoodsamad samaväärsete siseriikliku õiguse alusel esitatavate nõuete puhul kohalduvatest menetlusnormidest.<sup>229</sup> Sisuliselt on tegu diskrimineerimiskeeluga.<sup>230</sup> Direktiivis 89/665/EÜ sätestab menetlusautonoomiat piirava võrdväarsuse kohustuse artikli 2 lg 1.

Tõhususe põhimõte nõuab, et riigisiseste menetlusnormidega ei muudetaks EL õigusest tulenevate nõuete maksmapanemist võimatuks või ülemääraselt keeruliseks.<sup>231</sup> Seega ei tohi riigisisised menetlusnormid ohustada direktiivi kasulikkust mõju.<sup>232</sup> Direktiivis 89/665/EÜ nõuab tõhususe põhimõtte järgimist artikli 1 lg 1, mille alusel tuleb hankija EL hankeõigusega vastuolus olevad õigused läbi vaadata tõhusalt ja ennekoike kiiresti.

Tõhususe põhimõttega on omakorda seotud õiguskindluse põhimõte, mis keelab pakkujal tugineda hankija väidetavale rikkumisele pärast vaidlustustähtaja möödumist.<sup>233</sup> Sealjuures on oluline arvestada ka sellega, millal hakkab vaidlustustähtaeg kulgema. Vaidlustustähtaja kulgemise alguseks tuleb arvestada aeg, mil vaidlustuse esitanud pakkuja sai või pidi saada teada oma õiguste rikkumisest.<sup>234</sup> Lisaks sätestab direktiivi 2007/66/EÜ artikkel 2 (c) miinimumtähtajad, mille liikmesriigid peavad hankija otsuste vaidlustamiseks igal juhul ette nägema. Liikmesriik ei või kaebetähtaegu sätestada selliselt, et pakkujal on sisuliselt võimatu nende jooksul oma õigusi kaitsta, sest see oleks vastuolus tõhususe põhimõttega.<sup>235</sup> Direktiivi 89/665/EÜ eesmärgiga vastuolus olevad menetlusnormid tuleb jätta kohaldamata.<sup>236</sup>

Seega on liikmesriikidel õiguskaitse direktiivist tulenevalt kohustus kaebeõigusega isikutele anda võimalus enne hankelepingu sõlmimist mõistlike tähtaegade jooksul vaidlustada kõik hankija otsused, mis võivad kahjustada nende õigusi. Juhul kui liikmesriik on sellise vaidlustamisvõimaluse taganud, kuid kaebeõigusega isikud on jätnud võimaluse kasutamata, siis on hankeõiguse üldpõhimõtetega kooskõlas olukord, kus kehtib õigusvastaseid tingimusi sisaldav hankeleping.

<sup>229</sup> EKo C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, p 155; EKo C-171/15, *Connexion Taxi*, p 65 jt.

<sup>230</sup> P. Craig ja G. De Burca. *Op cit.*, lk 227.

<sup>231</sup> Viide 227; P. Craig ja G. De Burca nimetavad tõhususe põhimõtet ka õiguste kaitse „praktiliseks võimalikkuseks” (inglise keeles *practical possibility*) (lk 226-227).

<sup>232</sup> EKo C-391/15, *Marina del Mediterráneo*, p 33 ja seal viidatud kohtupraktika.

<sup>233</sup> S.-J. Otto. The Starting Point of Limitation Periods for Remedies in Public Procurement Procedures. E.P.P.P.P.L.R. 2014, 9, nr 3, lk 209.

<sup>234</sup> EKo C-327/00, *Santex*, p 62.

<sup>235</sup> EKo C-241/06, *Lämmenzahl*, p-d 61-62; EKo C-327/00, *Santex*, p-d 62-63.

<sup>236</sup> EKo C-241/06, *Lämmenzahl*, p 63; EKo C-106/77, *Simmenthal*, p 24; EKo C-327/00, *Santex*, p 64.

Eesti RHS §-s 189 sätestatud vaidlustamistähtajad vastavad direktiivi 2007/66/EÜ artiklis 2 (c) sätestatud nõuetele.<sup>237</sup> RHS § 189 lg 1 sätestab, et vaidlustaja peab vaidlustuse esitama kümne päeva jooksul alates sellest, kui ta sai teada oma õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest, kuid mitte pärast seda, kui hankeleping on juba sõlmitud. Viimane piirang vastab õiguskindluse põhimõttele<sup>238</sup>, mille alusel on liikmesriigil lubatud otsustada, et kord juba sõlmitud hankeleping jääb kehtima isegi siis, kui seda poleks pidanud sellisel kujul sõlmitama, v.a. juhul, kui tegu on ebaseadusliku otselepinguga. Sama põhimõte kajastub HKMS § 267 lg-s 4, mille kohaselt ei tühistata kohus kehtiva halduslepingu aluseks olevaid haldusakte. Selliste haldusaktide all mõistetakse mitte ainult hankija otsust sõlmida parima pakkujaga hankeleping, vaid teisigi hankija otsuseid, sest ka need on hankelepingu sõlmimise eeldusteks.<sup>239</sup>

Vaidlustusmenetluse tähtaegu täpsustakse RHS § 189 lg-des 2 kuni 5. Magistritöö hüpoteesi kontrollimisega seondub RHAD-i vaidlustamise kord. Vastavalt RHS § 189 lg-le 2 peab vaidlustus RHAD-i peale olema VAKO-le laekunud hiljemalt kaks tööpäeva enne lihthankemenetluses osalemise pakkumuste, taotluste või ideekavandite esitamise tähtpäeva (RHS § 189 lg 2 p 1); viis tööpäeva enne hankemenetluses osalemise pakkumuste, taotluste või ideekavandite esitamise tähtpäeva, kui riigihanke eeldatav maksumus on võrdne riigihanke piirmääraga või ületab seda (RHS § 189 lg 2 p 2); või kümne päeva jooksul RHAD-i elektrooniliselt kättesaadavaks tegemisest alates, kui hankija on hankemenetluses osalemise pakkumuste, taotluste või ideekavandite esitamise tähtaega vastavalt RHS § 93 lg-s 2 või RHS § 94 lg-s 4 või 5 sätestatule lühendanud, aga mitte pärast hankemenetluses osalemise pakkumuste, taotluste või ideekavandite esitamise tähtpäeva (RHS § 189 lg 2 p 3). RHS § 189 lg 3 sätestab, et kui RHAD-i elektrooniliselt kättesaadavaks ei tehta, arvestatakse RHS § 189 lg 2 p-s 3 nimetatud tähtaega alates päevast, mil vaidlustaja sai teada või pidi teada saada oma õiguste rikkumisest või huvide kahjustamisest. Seega hakkab RHAD-i vaidlustamistähtaeg Eesti õiguses kulgema alates RHAD-i avaldamisest elektroonilises registris. Kui RHAD-i registris ei avaldata, peab pakkuja tõendama, millal ta dokumendi kätte sai. Ka selline tähtaja alguse arvestamine on kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga.<sup>240</sup>

Kaebeõigus on hankeasjas RHS § 185 lg 1 p 1 alusel igal sellisel pakkujal, taotlejal või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtjal, kes leiab, et RHS-i rikkumine hankija poolt

<sup>237</sup> Direktiivi 2007/66/EÜ artikli 2c üldnõuded: kui hankija otsus edastakse tellijale faksi teel või elektrooniliselt, siis peab vaidlustustähtaeg olema vähemalt 10 kalendripäeva alates järgmisest päevast; kui hankija otsus edastakse muul viisil, siis peab tähtaja pikkus olema vähemalt 15 kalendripäeva.

<sup>238</sup> Vt nt EKo C-538/13, *eVigilo*, p 51; EKo C-503/04, *komisjon vs Saksamaa*, p 31.

<sup>239</sup> RKHKo 3-3-1-92-16, p 15: kohus keeldus tühistamast pakkujate kvalifitseerimise otsust; RKHKo 3-3-1-87-14, p 17.2: kohus keeldus tühistamast ühispakkujate vastavaks tunnistamise otsust.

<sup>240</sup> Viide 235.

rikub tema huve või kahjustab tema õigusi. Seega hõlmab sätte sõnastus ka isikuid, kes riigihankes pakkumust ei esitanud, sest see ei olnud nende jaoks hankija õigusvastase tegevuse tõttu võimalik.<sup>241</sup> Siiski ei piisa kaebeõiguse jaatamiseks pelgalt sellest, et vaidlustaja enda arvates on tema õigusi rikutud. Kaebeõiguse olemasolu, st oma õiguste riivamist või huvide kahjustamist, peab vaidlustaja suutma VAKO-le tõendada<sup>242</sup>, sest populaarkaebus ei ole lubatud.<sup>243</sup> Nii VAKO kui kohtupraktika kohaselt on vaidlustajal õigus vaidlustada RHAD-i vaid siis, kui dokumentides esitatud tingimused piiravad tema võimalust riigihankes osaleda ja pakkumust esitada ning parima pakkumuse korral sõlmida hankelepingut.<sup>244</sup> Seega peab vaidlustaja suutma näidata, et vaidlustuse rahuldamise korral oleks tal võimalik pakkumus esitada, et tema pakkumus tunnistataks edukaks ja hankeleping sõlmitaks just temaga. Kaebeõigust ei saa olla pakkujal, kelle õigusi on vaidlustatud õigusakti tühistamisel võimatu kaitsta.<sup>245</sup> Nii puudub kaebeõigus näiteks pakkujal, kelle pakkumus lükati hankemenetluses õiguspäraselt tagasi.<sup>246</sup> Samuti puudub hankija poolt seatud kvalifitseerimistingimuse vaidlustamise õigus pakkujal, kes on kinnitanud, et suudab seda täita, sest selline tingimus ei saa tema õigusi kahjustada.<sup>247</sup>

Kaebeõigusega isik, kes tahab VAKOs vaidlustada RHAD-i, saab RHS § 190 lg 4 p 2 alusel nõuda, et VAKO kohustaks hankija viima RHAD-i õigusaktidega kooskõlla. See vastab direktiivi 89/665/EÜ artikli 2 lg 1 p-le (b), sest RHAD-i õigusaktidega kooskõlla viimist tuleks mõista dokumentides sisalduvate diskrimineerivate tingimuste muutmisena.

### 2.2.3 Hanketingimuste kontrolli pädevus

Keeruliseks muudab vaidlustusmenetluse see, et mõnede hankevaidlustega tuleb Eestis siiski pöörduda otse halduskohtusse. Nimelt on VAKO kohtupraktika hinnangul pädev kohtueelses menetluses lahendama hankevaidlusi ainult RHS-i alusel ega saa seetõttu kontrollida seda, kas vaidlustatud hanke läbiviimine oli kooskõlas mõne muu õigusakti nõuetega.<sup>248</sup> Kohtute selline seisukoht põhineb RHS § 185 lg 1 sõnastusel, mis vastab

<sup>241</sup> RKHKo 3-3-1-31-11, p 18 ja seal viidatud EKo praktika: EKo C-26/03, *Wall*, p 38; EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 35; EKo C-203/08, *Sporting Exchange*, p 50.

<sup>242</sup> VAKO 137-18/197419, p 16; VAKO 21.05.2018 61-18/192746, p 15; VAKO 13.06.2018 98-18/194, p 15.

<sup>243</sup> TlnRnKo 01.06.2017, 3-17-252 ja 2-17-255, p 8; TlnRnKo 3-11-2403, p 16 jj.

<sup>244</sup> VAKO 137-18/197419, p 16.

<sup>245</sup> EKo C-401/09, *Evropaiki Dynamiki*, p 49 ja seal viidatud kohtupraktika.

<sup>246</sup> RKHKo 3-3-1-44-13, p 18. Seda, millisel ajahetkel minetab hankemenetlusest kõrvaldatud pakkuja lõplikult oma kaebeõiguse, on käsitlenud C. Ginter ja T. Väljaots artiklis „Excluded Tenderer’s Access to a Review in a Public Procurement Procedure“. E.P.P.P.L. 4/2018.

<sup>247</sup> Viide 187.

<sup>248</sup> Viide 17.

riigihangete seaduse vana redaktsiooni § 117 lg 1 sõnastusele.<sup>249</sup> RHS § 185 lg 1 sätestab: „Pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja (edaspidi *vaidlustaja*) võib vaidlustada hankija tegevuse, esitades riigihangete vaidlustuskomisjonile (edaspidi *vaidlustuskomisjon*) sellekohase vaidlustuse, kui ta leiab, et käesoleva seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid.“ Seega välistab sätte grammatiline tõlgendus kohtute hinnangul praegu VAKO pädevuse hinnata hankija tegevust muude õigusaktide kui RHS-i põhjal.

Pakkuja, kes tahab vaidlustada hankija tegevuse muul alusel kui vastuolu tõttu RHSiga, peab kaebuse esitama otse halduskohtule.<sup>250</sup> Kuna ka sellist kaebust menetletakse HKMS 28. peatüki tähenduses hankeasjana<sup>251</sup>, allub kaebus järelkult HKMS § 267 lg 1 regulatsioonile. Viimane lubab halduskohtule esitada hankeasjas kaebuse RHS § 185 lg-tes 2-4 või 6 sätestatud otsuse, dokumendi või hankelepingu peale, samuti vaidlustuskomisjoni otsuse peale. Seega tuleneb ka HKMS § 267 lg 1 sõnastusest, et hankealase kaebuse esitamine halduskohtule on võimalik kohtueelset menetlust läbimata. Ülal viidatud kohtupraktika valguses ei hõlma vahetult halduskohtusse esitatavad kaebused vaid riigisadaluse ja salastatud välisteabega seotud hankeasju, mis on HKMS § 268 lg-s 1 ainsatena selgesõnaliselt välistatud kohustusliku kohtueelse menetluse alt.

Asjaolu, et VAKO piiratud pädevuse tõttu on võimalik hankeasja paralleelselt menetleda vaidlustuskomisjonis ja halduskohtus, ei pidanud Riigikohus otstarbekaks juba RHS-i vana redaktsiooni kehtimise ajal.<sup>252</sup> 2019. aastal kordas Riigikohus seda seisukohta uuesti, ent tõdes, et ka RHS-i uus redaktsioon ei jäta võimalust teistsuguseks tõlgenduseks. Lahendis 3-17-1151 leidis Riigikohtu halduskolleegium: „Lisaks vaidlustuskorra keerukusele vaidlustajate jaoks ja potentsiaalselt paralleelsetele menetlustele kahes organis võib tekkida olukord, kus kaebuses ei tugineta küll RHS-le, kuid kohus peab RHS sätteid asja lahendamisel oluliseks – kohus ei ole seotud kaebuse õiguslike põhjendustega ning kohaldab õigust sõltumata menetlusosaliste seisukohtadest. [...] Kaebaja eksimus kohaldatava õiguse osas ei tohiks mõjutada kohtueelse menetluse kohustuslikkust.“<sup>253</sup>

Lähtudes praegusest kohtupraktikast tuleb asuda seisukohale, et VAKO-l ei ole pädevust hinnata RHAD-i vastavust muule kui RHS-le. Järelikult ei saa VAKO lahendada vaidlustust, kus vaidlustaja tugineb sellele, et hanketingimused on võlaõigusliku tüüptingimuste regulatsiooni tähenduses ebamõistlikult kahjustavad ja seega tühised. RHAD-s

<sup>249</sup> RKHKo 3-17-1151, p 6.

<sup>250</sup> RKHKo 3-3-1-52-11, p 18; RKHKo 3-17-1151, p 6.

<sup>251</sup> Viide 250.

<sup>252</sup> RKHKo 3-3-1-52-11, p 18.

<sup>253</sup> Viide 250.

sisalduvate tüüptingimuste vastavust võlaõiguslikule regulatsioonile peaks enne hankelepingu sõlmimist hindama halduskohus.

Sellist kaebust menetles Tallinna Halduskohus haldusasjas nr 3-18-587<sup>254</sup>, kus AS Hansa Bussiliinid nõudis VAKO otsuse nr 17-18/193653 tühistamist. Kaebaja väitel oli RHAD-s ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus VÕS § 42 lg 1 tähenduses<sup>255</sup>, millega hankija vajadustest tingitud kulude suurenemine jäeti riskina pakkuja kanda. Kohus leidis, et tingimus ei ole ebamõistlikult kahjustav, sest risk, millele pakkuja viitas, oli mõistliku suurusega ja maandatud lepingus sisalduvate etteteatamistähtaegade abil.<sup>256</sup>

Kui halduskohtul on pädevus hinnata hankedokumentatsiooni kooskõla kõigi õigusaktidega, sh vastavust tüüptingimuste regulatsioonile, siis on pakkujatele tagatud võimalus kõigi hanketingimuste vaidlustamiseks enne hankelepingu sõlmimist. Kõik tingimused, mis võivad saada hankelepingu osaks, on ju igale pakkujale teada kohe pärast RHAD-i avalikustamist ning RHS-i alusel ette nähtud tähtaeg nende tingimuste analüüsimiseks ja VAKO-le vaidlustuse või halduskohtule kaebuse esitamiseks vastab õiguskaitsedirektiiviga minimaalselt nõutule. Ka Eesti kohtupraktikas on vaidlustustähtaegu peetud piisavalt pikaks, et pakkuja saaks kohe pärast hanketeate avaldamist hinnata, kas ta peab mõnda hankija seatud tingimust oma õigusi rikkuvaks.<sup>257</sup>

Seega rikub tüüptingimuste vaidlustamise lubamine hankelepingu kehtivuse ajal põhimõtet, mille kohaselt saab pakkuja hankelepingu kehtivuse ajal esitada nõudeid vaid siis, kui tal ei olnud hankelepingu sõlmimise eelselt võimalik tähtaegset vaidlustust esitada. Lisaks pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumisele tooks tüüptingimuste vaidlustamise lubamine hankelepingu kehtivuse ajal kaasa õiguslikult teistsugused tagajärjed kui nende tingimuste vaidlustamine lepingueelselt.

Hankelepingute puhul on ühtedeks võimalikeks vaieldavateks tüüptingimusteks leppetrahvingimused. Leppetrahvi kokkulepe võib osutuda tühiseks tüüptingimuseks siis, kui leppetrahvi kokkulepe vastab VÕS § 42 lg 3 p 5 määratlusele ning hankija ei tõenda, et tegu ei ole ebamõistlikult kahjustava tingimusega. Leppetrahvi kokkulepe on VÕS § 42 lg 3 p 5 tähenduses ebamõistlik, kui teisel poolel pole võimalik kahju tegelikku suurust tõestada või on leppetrahv ebaproportsionaalselt suur.<sup>258</sup> Kui kohus tuvastaks tüüptingimustes kokkulepitud kindlasummalise leppetrahvi ebamõistlikult kahjustava olemuse

<sup>254</sup> Lahend lõplikult jõustunud 05.07.2018.

<sup>255</sup> TlnHKO 3-17-587, p 6.3.

<sup>256</sup> *Ibid*, p 14.2.

<sup>257</sup> TlnRnKO 3-18-1008, p 11.

<sup>258</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 42 lg 3 p 5 (a), kommentaar 4.8.1, lk 233-234.

alles hankelepingu täitmise ajal, siis oleks tagajärjeks tingimuse tühisus.<sup>259</sup> Leppetrahvi ei saaks sellisel juhul vähendada VÕS § 162 lg 1 alusel mõistliku suuruseni, vaid see redutseeruks nullini, sest tühise tüüptingimuse alusel ei saa leppetrahvinõuet üldse esitada.<sup>260</sup> Selline tagajärg rikuks aga võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid ega arvestaks hankija vajadustega.<sup>261</sup> Leppetrahv, mida hankija ei ole tüüptingimuses sätestanud kindlasummalisena ja mida ta ei pea tüüptingimuse alusel alati ja rikkumisi diferentseerimata maksimumulatuses sisse nõudma, ei ole pakkujat ebamõistlikult kahjustav tüüptingimus. Sellise leppetrahvi puhul saaks kohus iga konkreetse rikkumise eest nõutava leppetrahvi suuruse põhjendatust hinnata ka lepingu täitmise ajal, ilma et see tooks kaasa tüüptingimuse tühisuse ja lepingust väljaarvamise.

Sarnaselt on tüüptingimustes sõlmitud leppetrahvi kokkuleppeid analüüsitud ka Saksamaa kohtupraktikas. Nii on BGB § 307 alusel hinnatud teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustavaks konkurentsipiirangu rikkumise eest nõutavat leppetrahvi, mille suurus on tüüptingimuse kohaselt 15% lepingu väärtusest. Ebamõistlikult kahjustava tüüptingimuseks on see BGB § 309 lg 5 (a) alusel tühine, sest ületab suuruselt kahju, mida võib sarnases olukorras tavapäraselt eeldada.<sup>262</sup> Sarnase suurusega leppetrahvi sisaldavat kokkulepet on aga teises Saksa kohtuasjas peetud kehtivaks väitega, et see ei ületa tavapäraselt eeldatava kahju suurust, ning lisaks on lepingu teisel poolel võimalik kohtuvaidluses tõendada, et tegelik kahju oli väiksem.<sup>263</sup>

Kuna ilmselgelt ebamõistlikku leppetrahvitingimust on kehtiva õiguse alusel võimalik vaidlustada juba lepingueelselt, siis peakski pakkujad seda tegema. Eduka vaidlustuse tulemusena peaks hankija tingimuse viima kooskõlla RHS-i nõuetega, st asendama proportsionaalse tingimusega. Lisaks ebamõistlikult kahjustavatele leppetrahvitingimustele peaks pakkuja, kes analüüsis tingimuste sisu korraliku ettevõtja hoolsusega, enne hankelepingu sõlmimist vaidlustama ka kõik teised tingimused, mis on tema hinnangul ebamõistlikult kahjustavad.

Kuigi hanketingimuste hindamine muu kui RHS-i alusel ei ole Riigikohtu hinnangul VAKO pädevuses ja tüüptingimuste vastavust VÕS-le peaks lepingueelselt hindama halduskohus<sup>264</sup>, on halduskohtud hanketingimusi tüüptingimustena hinnanud harva. Seetõttu

---

<sup>259</sup> Leppetrahvi suuruse vaidlustamist hankelepingu sõlmimise eelselt ja hankelepingu kehtivuse ajal on käsitlenud ka M. A. Simovart ja D. Koroljov artiklis „Leppetrahvi tingimuste sisustamine hankelepingus”. *Juridica* 2016, 1, lk 44-51.

<sup>260</sup> RKTko 3-2-1-66-05, p 24.

<sup>261</sup> Viide 90.

<sup>262</sup> LG Potsdam, 2 O 23/15, 13.04.2016.

<sup>263</sup> OLG Celle, 6 U 61/11, 06.10.2011.

<sup>264</sup> Viide 250.



analüüsitakse järgnevalt ka VAKO-le esitatud vaidlustusi, kus vaidlustaja on tuginenud sellele, et hankija kehtestatud tingimused on tühised tüüptingimused.

#### 2.2.4 Hanketingimuste vaidlustamine vaidlustuskomisjonis

VAKO lahendite analüüs näitas, et VAKO on tüüptingimustena vaidlustatud hanketingimused enamasti läbi vaadanud. Ühes 2014. aasta otsuses märkis VAKO siiski *expressis verbis*, et vaidlustusmenetluses on hanketingimuste kontroll piiratud ainult RHS-ga, VAKO ei ole pädev hindama hankelepingute tingimusi võlaõigusliku tüüptingimuste regulatsiooni alusel ega saa järelduvalt tuvastada nende tühisust.<sup>265</sup>

Oma pädevuse raames saab VAKO hinnata hanketingimuste vastavust RHS §-le 3 ehk hankeõiguse üldpõhimõtetele. Mitmetes lahendites hindabki VAKO tüüptingimustena vaidlustatud hankelepingu tingimusi läbi RHS § 3 kohaldamise. Näiteks vaidlustuses nr 294-14/156643 väitis vaidlustaja, et hankija on viivisenõuetele kehtestanud seaduses ettenähtust kümme korda lühema tähtaja ning tingimus on seetõttu vastuolus VÕS § 42 lg 3 p-ga 9. Hankija hinnangul oli tähtaja lühendamine seadusega lubatud ja tema pakutud tähtaeg mõistliku pikkusega. Vaidlustuskomisjon asus seisukohale, et hankija ei ole tähtaja mõistlikkust põhjendanud ning seega on vaidlusalune tingimus vastuolus RHS v.r. § 3 p-ga 3<sup>266</sup>, sest tingimus ei ole asjakohane ja põhjendatud ehk hanke eseme suhtes proportsionaalne.<sup>267</sup>

Vaidlustuses nr 42-16/171787 analüüsis VAKO vaidlustaja ja hankija väiteid VÕS § 655 kohaldamise kohta. VÕS § 655 näeb ette tellija õiguse töövõtuleping igal ajal üles öelda, kuid näeb ette ka sellise ülesütlemise õiguslikud tagajärjed, mida hankija polnud hanketingimustes sätestanud. Vaidlustuskomisjon leidis, et tegemist on tühise tüüptingimusega, mistõttu pakkuja saab nõuda selle kohaldamata jätmist ja tingimus ei saa tema õigusi üldse kahjustada.<sup>268</sup> Lisaks otsustas VAKO, et tingimus on vastuolus RHS § 3 p-ga 2, sest sellise tingimuse kehtestamisega on hankija rikkunud kohustust tagada riigihanke läbipaistvus ja kontrollitavus.<sup>269</sup>

Vaidlustuses nr 83-15/160448 analüüsis VAKO hankelepingus sätestatud leppetrahvinõuet. Hankija oli lepingutingimustega endale jätnud õiguse nõuda pakkujalt leppetrahvi, kuid ei olnud otseselt nimetanud rikkumisi, mille puhul leppetrahv kohaldamisele

<sup>265</sup> VAKO 294-14/156643, p 6.56.1 viitega TlnHKo haldusasjas nr 3-13-2441 tehtud lahendi p-le 6, milles omakorda viidatakse RKHKo 3-3-1-52-11, p 17.

<sup>266</sup> Uues redaktsioonis § 3 p 2.

<sup>267</sup> VAKO 291-14/156643, p 10.9.3.4.9.

<sup>268</sup> VAKO 42-16/171787, p 7.

<sup>269</sup> *Ibid*, p 9.

kuulub. Selline leppetrahv vastaks tühise tüüptingimusena VÕS § 42 lg 3 p 5 määratlusele. VAKO leidis otsuses, et pakkuja mistahes rikkumiste ühetaoline sanktsioneerimine on ebaproportsionaalne ja seega vastuolus RHS § 3 p-ga 3, mille kohaselt tohib hankija seada vaid riigihanke eesmärgi suhtes asjakohaseid ja põhjendatud piiranguid.<sup>270</sup>

Vaidlustuses nr 199-17/192855 pidas VAKO hankelepingus sätestatud leppetrahve proportsionaalseteks, asjakohasteks ja põhjendatuteks RHS § 3 p 2 tähenduses, kuid tões samas, et kui juba tasumisele kuuluv leppetrahv on hankelepingu täitja hinnangul liiga suur, saab ta VÕS § 162 lg 1 alusel taotleda selle vähendamist mõistliku suuruseni.<sup>271</sup> Sarnane on järeldus vaidlustuses nr 256-18/202542, kus VAKO leidis, et leppetrahvide võimalike maksimummäärade sätestamine hankelepingus ei ole vastuolus riigihanke läbipaistvuse ja kontrollitavuse põhimõtetega. Kui pakkuja peab lepingu täitmise ajal nõutavat leppetrahvi liiga suureks, on tal õigus see vaidlustada.<sup>272</sup> Sellise järelduseni jõudis VAKO ka vaidlustuses nr 37-18/194776, kus leidis, et kuigi hankija võib leppetrahvi nõuda maksimummääras, võib ta seda nõuda ka väiksemas määras. Seetõttu ei riku leppetrahvinõude sätestamine RHAD-s proportsionaalsuse põhimõtet.<sup>273</sup>

Ülalviidatud VAKO praktika näitab, et VAKO siiski on analüüsinud tüüptingimuste olemust. Osades lahendites on VAKO tuvastanud tüüptingimuste regulatsiooni alusel vaidlustatud tingimuse vastuolu riigihanke üldpõhimõtetega, st RHS §-ga 3. Teistes lahendites on VAKO leidnud, et tühine tüüptingimus ei saa pakkuja huve üldse kahjustada või, alternatiivselt, et pakkuja saab tingimuse tühisusele hiljem tugineda ja seda tingimust ei saa pakkuja suhtes seega kohaldada. Lisaks on VAKO praktikas ka tõdetud, et kehtiv kohtupraktika ei luba VAKO-l tüüptingimuste tühisust hankedokumentatsioonis tuvastada.

Kohtupraktika analüüs näitab, et pakkujal on võimalik tüüptingimuste üle vaielda ka halduskohtusse esitatud kaebuse alusel, kuigi selliseid vaidlusi peetakse halduskohtus harva. Halduskohus võiks tüüptingimuste kehtivust hinnata nii siis, kui vaidlustaja kaebab VAKO otsuse edasi, kui siis, kui vaidlustatud isik pöördub kohe kaebusega halduskohtusse, arvestades et VAKO-l ei ole pädevust analüüsida hanketingimuste kooskõla võlaõigusliku regulatsiooniga.

Juhul, kui VAKO või halduskohus on enne hankelepingu jõustumist tuvastanud mõne tüüptingimuse vastuolu RHS §-ga 3, siis on hankija pidanud selle tingimuse RHS-i nõuetega kooskõlla viima ja hankelepingu sõlmimise ajaks on tingimust muudetud. Kui aga VAKO tüüptingimust oma pädevuse puudumise tõttu ei hinnanud või ei tuvastanud selle vastuolu

---

<sup>270</sup> VAKO 83-15/150448, p 20.

<sup>271</sup> VAKO 199-17/192855, p-d 26.2-26.3.

<sup>272</sup> VAKO 256-18/202542, p 8.

<sup>273</sup> VAKO 37-18/194776, p 12.1.

riigihanke üldpõhimõtetega ning pakkuja ei esitanud halduskohtule kaebust VAKO otsuse tühistamiseks, siis jääb tingimus omas esialgses sõnastuses kehtima. Hilisemas tsiviilõiguslikus vaidluses hinnatakse tüüptingimusi juba tüüptingimuste regulatsiooni alusel.

### 2.2.5 Vaidlustusõiguse selgus

Eelnev analüüs näitab, et hanketingimuste vaidlustamine nende ebamõistlikult kahjustava olemuse tõttu võib olla võimalik nii VAKO-s, halduskohtus kui maakohus. VAKO saab tüüptingimusi hinnata läbi selle, kas tingimused vastavad riigihanke üldpõhimõtetele. Halduskohtult saab pakkuja tüüptingimuste hindamist nõuda sellepärast, et hanketingimuste vastavuse hindamine võlaõiguslikule regulatsioonile ei kuulu Riigikohtu hinnangul VAKO pädevusse. Maakohus lahendab juba kehtiva hankelepingu täitmisel tekkivaid vaidlusi. Vaadeldud VAKO ja halduskohtu lahenditest selgub, et tihti ei peeta tüüptingimuse tühisuse tuvastamist hankelepingu jõustumise eelselt oluliseks, sest tühisel tingimusel ei ole nagunii õiguslikku mõju ja seega ei saa selline tingimus pakkujate õigusi kahjustada. Selline käsitlus on vastuolus Euroopa Kohtu praktikaga, mis keelab hankelepingut oluliselt muuta ning loeb hankelepingu oluliseks muudatuseks õiguste ja kohustuste tasakaalu olulise muutmise hankedokumentides sätestamata moel. Tüüptingimuste tühisuse tuvastamise eesmärk on samuti poolte õiguste ja kohustuste tasakaalu oluline muutmine. Seega tähendaks ka tühiste tüüptingimuste väljaarvamine kehtivast hankelepingust *de facto* hankelepingu olulist muutmist ning kahjustaks sellega pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse nõudeid.

Arvestades, et liikmesriik on kohustatud tagama võrdväärsuse ja läbipaistvuse ka hankelepingu täitmise ajal, peaks tüüptingimustega hankelepingut hindav maakohus võtma arvesse lepingueelse vaidlustusmenetluse olemasolu, mis on kättesaadav kõigile kaebeõigusega pakkujatele. Seetõttu ei tohiks pakkuja tsiviilkohtumenetluses tugineda kehtiva hankelepingu tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavale olemusele, sest see tähendaks õiguste kuritarvitamist läbi vastuolulise käitumise, mis on hea usu põhimõttest tulenevalt keelatud.<sup>274</sup> Kuigi töös analüüsitud hankelepingud on tüüptingimustel sõlmitud lepingud ning seega kannab hankija tingimuse kehtestajana tüüptingimuse tühiseks osutumise riski<sup>275</sup>, keelab VÕS § 101 lg 3 pakkujal tugineda sellele argumendile pärast hankelepingu sõlmimist.

<sup>274</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 6, kommentaar 4.2.3, lk 29; P. Varul, I. Kull, V. Kõve ja M. Käerdi. TSÜS Komm, § 138, kommentaar 3.7.1, lk 418; A. Lenaerts, lk 1122.

<sup>275</sup> Viide 52.

VÕS § 101 lg 3 sätestab õiguskaitsevahendite kasutamise piirangu juhtudeks, kus teise lepingupoole suhtes õiguskaitsevahendit kasutada sooviv pool on oma tegevuse või tegevusetusega ise põhjustanud olukorra, mille tõttu ta õiguskaitsevahendile tugineda tahab. Hankelepingu puhul tähendaks VÕS § 101 lg 3 kohaldamine seda, et pakkujal ei ole lubatud tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavale olemusele tugineda hankelepingu kehtivuse ajal, sest ta jättis kasutamata hanketingimuste lepinguelse vaidlustamise võimaluse. Tüüptingimuste tühisuse tuvastamata jätmine sellises tsiviilvaidluses vastaks liikmesriigi Euroopa Kohtu praktikast tulenevale kohustusele jätta kohaldamata riigisisised sätted, mis on vastuolus õiguskaitseDirektiivi eesmärgiga.<sup>276</sup>

Arvestades Riigikohtu seisukohta, et VAKO-l ei ole pädevust hinnata hankelepingu tingimuste vastavust võlaõiguslikule regulatsioonile, ja asjaolu, et VAKO siiski on hinnanud tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavat olemust, kuid teinud seda RHS-i alusel, oleks otstarbekas lahendada ka küsimus, milline organ ja mille alusel saab hinnata hanketingimusi kui tüüptingimusi. Selleks on kolm võimalust.

Esimest neist käsitles Mari Ann Simovart juba 2008. aastal, kui ta hankelepingute ja tüüptingimuste küsimust analüüsisides leidis, et VAKO ei saa hinnata pakkujat ebamõistlikult kahjustavaid tüüptingimusi, isegi kui neil on diskrimineeriv ja konkurentsi piirav mõju, sest tüüptingimuste ebamõistlikkus ei riku ühtegi RHS-i sätet. Ühe võimaliku lahendusena nägi ta riigihangete seaduse muutmist selliselt, et hankija kohustuks riigihankelepingud sõlmima vaid sellistel tingimustel, mis ei ole teise lepingupoole suhtes ebamõistlikult kahjustavad.<sup>277</sup> VÕS § 7 lg 2 kohaselt tuleb mõistlikkuse hindamisel arvestada seda, mida vastaval kutsealal mõistlikuks peetakse. Kuna hankemenetlust reguleerib RHS ning hankija tohib RHS §-st 3 tulenevalt kehtestada ainult hankemenetluse esemega seotud proportsionaalseid hanketingimusi, siis võib hankemenetluses mõistlikeks pidada sellised tingimusi, mis vastavad RHS §-le 3. Sellest, et ebamõistlikult kahjustavatena vaidlustatud tüüptingimusi on võimalik analüüsida läbi proportsionaalsuse põhimõtte, on lähtunud ka VAKO oma praktikas.

Teiseks võimaluseks on muuta RHS § 185 lg 1 ja RHS § 190 lg 4 p 2<sup>278</sup> sõnastust või tõlgendust selliselt, et „õigusaktid“ hõlmaksid kõiki õigusakte, mitte ainult riigihangete seadust. Magistritöö autor on seisukohal, et sätete sõnastus võimaldab ka praegu tõlgendust, mille kohaselt saab VAKO kontrollida RHAD-i vastavust kõigile õigusaktidele, kuid Riigikohtu praktika seda seisukohta ei toeta.

<sup>276</sup> EKo C-241/06, *Lämmerzahl*, p 63; EKo C-106/77, *Simmenthal*, p 24, ja EKo C-327/00, *Santex*, p 64.

<sup>277</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2008, 1, lk 37.

<sup>278</sup> RHS § 185 lg 1 alusel võib vaidlustuse esitada pakkuja, kes leiab, et: „käesoleva seaduse rikkumine hankija poolt rikub tema õigusi või kahjustab tema huvisid.“ RHS § 190 lg 4 p 2 lubab pakkujal nõuda, et hankija: „viiks riigihanke alusdokumendid õigusaktidega kooskõlla.“

Nimelt on RHS § 190 lg 4 p 2 alusel vaidlustajal õigus nõuda, et RHAD viidaks *õigusaktidega* kooskõlla, aga neid õigusakte ei täpsusta ei säte ise ega RHS-i kommentaar RHS § 190 kohta.<sup>279</sup> RHS-i süsteemse tõlgenduse<sup>280</sup> korral tuleks arvestada ka RHS § 8 lg-t 2. Selle kohaselt tohib hankija sõlmida hankelepingu ainult RHS-s sätestatud korras. Lisaks sätestab RHS § 8 lg 2, et hankelepingule kohaldatakse võlaõigusseadustes ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud. Ka tulenevalt RHS § 8 lg-st 2 saab VAKO tõepoolest ainult RHS-i alusel hinnata seda, kas hankija tegevus, mis päädib hankelepingu sõlmimisega, on hankemenetluses olnud õiguspärane, sest hankija tegevust reguleeribki vaid RHS. Hankelepingu aluseks oleva RHAD-i puhul peaks VAKO vaidlustaja taotlusel saama aga hinnata selle vastavust kõigile materiaaõiguslikele sätetele, mida RHAD-s toodud tingimustel sõlmitud hankelepingule kohaldatakse. Vastasel korral tuleks RHAD-i vaidlustaval pakkujal esitada paralleelselt vaidlustus VAKO-le ja kaebus halduskohtule, kui tema hinnangul on RHAD vastuolus nii RHS-i kui VÕS-ga.

Kolmandaks võimaluseks on, et RHAD-i vastavuse hindamine õigusaktidele jääb nii VAKO kui halduskohtu pädevusse, kusjuures esimene hindab kohustusliku kohtueelse organina hanketingimuste vastavust RHS-le ja teine kõigile muudele õigusaktidele. Kui lähtuda eeldusest, et maakohus peaks tulenevalt õiguste kuritarvitamise keelust jätma hankelepingule tüüptingimuste regulatsiooni kohaldades vaidlustatud tüüptingimuste tühisuse tuvastamata, võiks VAKO ja halduskohtu paralleelne pädevus minna vastuollu tõhususe põhimõttega. Vaidlustaja, kes ei teaks, et mõned hanketingimused tuleb erandkorras vaidlustada halduskohtus, minetaks pärast vaidlustustähtaja lõppu oma kaebeõiguse ning tema õigused jääksid täielikult kaitsmata. Selle probleemi võiks lahendada HKMS § 268 lg 1 täiendamine selliselt, et pakkuja saab ka RHAD-i vaidlustamiseks vastuolu tõttu tüüptingimuste regulatsiooniga pöörduda vahetult halduskohtusse.

---

<sup>279</sup> Riigihangete seaduse kommenteeritud väljaanne § 190 on veel avaldamata materjal, mille tekst on autori valduses.

<sup>280</sup> R. Narits. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007, lk 153-154.

### 3. TÜÜPTINGIMUSE TÜHISUSE TAGAJÄRG HANKELEPINGUS

Töö viimases peatükis analüüsitakse seda, millise tulemuse tooks kaasa tüüptingimuste tühisuse tuvastamine hankelepingus. Kuigi kohus peaks tüüptingimuste direktiivi artikli 4 lg-st 1, sellele korrespondeeruvast VÕS § 42 lg-st 1 ja Euroopa Kohtu tõlgenduspraktikast<sup>281</sup> tulenevalt alati arvestama hankelepingu sõlmimise viisi kahte aspekti – pakkuja antud kinnitusi hankelepingu täitmise võimekuse kohta ja pakkuja võimalust mõjutada hanketingimuste sisu läbi vaidlustusmenetluse –, on vähemalt teoreetiliselt võimalik, et pakkuja ei saanud oma lepingueelseid õigusi kasutada. Nii võib see olla siis, kui pakkuja mõistis hanketingimusi valesti ja jättis need õigeaegselt vaidlustamata, kuid tema eksimus on vabandata, sest ta tegutses korraliku ettevõtja hoolsusega ja heauskselt.<sup>282</sup> Samuti ei ole välistatud, et pakkuja ei tugine hankelepingu sõlmimise eelselt tüüptingimuste tühisusele sellepärast, et Riigikohtu juhiste kohaselt ei ole VAKO-l pädevust hinnata tingimuste vastavust võlaõigusseadusele, kuid HKMS § 268 lg 1 sõnastus ei luba sellise vaidlusega pöörduda vahetult halduskohtusse.<sup>283</sup>

Eelnevas peatükis analüüsiti olukorda, kus kohus võtab hankelepingus sisalduvate tüüptingimuste hindamisel arvesse nii selgitusi, mida pakkuja peab tüüptingimuste sisu mõistmiseks vajadusel küsima, kinnitusi oma lepingu täitmise võimekuse kohta, mida pakkujal on seejärel kohustus hankijale anda, kui ka lepingu sõlmimise eelset vaidlustusmenetlust, läbi mille saab pakkuja õigusvastaste tüüptingimuste sisu mõjutada, kuigi ei räägi tingimusi hankijaga läbi. Juhul, kui kohus neid aspekte arvestab, ei saa hankelepingu tüüptingimuste tühisust hankelepingu kehtivuse ajal tuvastada, sest see oleks vastuolus hea usu põhimõttega – pakkujal on olnud lepingueelselt võimalik oma õigusi kaitsta ning juhul, kui ta sellest õigusest loobus, takistab vastuolulise käitumise keeld nende õiguste maksmapanemist hiljem.<sup>284</sup> Kui kehtivas hankelepingus tüüptingimuste tühisust ei tuvastata, on võimalik hankelepingule kohaldada paralleelselt nii tüüptingimuste kui hankeõiguse regulatsiooni, ilma et need läheksid omavahel vastuollu.

Kui pakkuja aga mingil objektiivsel põhjusel ei saanud oma õigusi lepingueelselt kaitsta ja tema tuginemine hankelepingu tüüptingimuste tühisusele ei kujuta seega endast õiguste kuritarvitamist, siis on võimalik, et kohus tuvastab pakkujat ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste tühisuse alles kehtivas hankelepingus. Kuna pakkujat saab

---

<sup>281</sup> Viide 115.

<sup>282</sup> EÜKo T-207/07, *CMB Maschinenbau & Handels GmbH*, p 99, RKHKo 3-3-1-24-13, p 16; TlnRnKo 3-11-1452, p-d 17-18.

<sup>283</sup> Viide 17.

<sup>284</sup> P. Varul, I. Kull, V. Kõve ja M. Käerdi. TSÜS Komm, kommentaar 3.7.3.4, lk 421; RKTko 3-2-1-63-17, p 26.3.

ebamõistlikult kahjustada vaid selline tüüptingimus, mis kallutab õiguste ja kohustuste tasakaalu olulisel määral hankija kasuks<sup>285</sup>, siis on tühise tüüptingimuse tuvastamine ühtlasi hankelepingu *de facto* oluline muudatus ja selline muudatus on pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse tagamiseks keelatud.<sup>286</sup> Tüüptingimuste direktiiv ja hankedirektiiv näevad lepingulise tasakaalu olulise muutmise korral ette erinevad tagajärjed.

### 3.1 Tühiste tüüptingimustega hankelepingu lõpetamise võimalikkus

Tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 näeb ette, et tüüptingimustega leping, milles on tuvastatud tühine tüüptingimus, peab ülejäänud osas jääma kehtima, kui see on õiguslikult võimalik. Euroopa Kohtu praktikat kohaselt ei või siseriiklik kohus üldreeglina tühiseks osutunud tüüptingimust lepingus asendada.<sup>287</sup>

VÕS § 41, millega tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 üle võetakse, sätestab, et siseriiklik kohus võib lõpetada lepingu, milles tuvastatakse mõne tüüptingimuse tühisus, kui tingimuse kasutaja tõendab, et poleks sellise tingimusega lepingut üldse sõlminud. Tühise tüüptingimuse asemel tuleb kohaldada seaduses sätestatud. Sealjuures on VÕS § 41 dispositiivne säte ja lubab pooltel lepingu osalise tühisuse tagajärgedes kokku leppida ka teisiti.<sup>288</sup>

VÕS § 41, mille alusel tühiste tüüptingimustega lepingu kehtima jäämine otsustatakse, on erisäte TSÜS § 85 suhtes.<sup>289</sup> TSÜS § 85 kohaselt ei too tehingu ühe osa tühisus kaasa teiste osade tühisust, kui tehing on osadeks jagatav ja võib eeldada, et tehing oleks sõlmitud ka tühiseks osutunud osata. Erinevalt TSÜS §-st 85 eeldatakse VÕS § 41 puhul aga, et tehingu ühe osa tühisus toob kogu tehingu tühisuse kaasa vaid erandkorras. Kogu tõendamiskoormus on pandud tingimuse kasutajale, mistõttu lõpetab kohus tüüptingimuse tühisuse tuvastamise korral hankelepingu ainult siis, kui hankija kohtule tõendab, et poleks lepingut ilma vastava tingimusega üldse sõlminud. Tõendamiskohustuse sisu VÕS § 41 täpsemalt ei sätesta. Eesti õiguskirjanduses on leitud, et tingimuse kasutaja võib tõendamiskohustuse täita näiteks nii, et näitab, kuidas on tühiseks osutunud tüüptingimus seotud lepingu põhitingimustega, või tõendab, et on sarnaseid tingimusi varasemates lepingutes kasutanud.<sup>290</sup>

---

<sup>285</sup> Viide 46.

<sup>286</sup> Viide 86.

<sup>287</sup> EKo C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p 69; EKo C-26/13, *Árpád Kásler*, p 79.

<sup>288</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 41 kommentaar 5, lk 217.

<sup>289</sup> I Kull. VÕS Komm I, § 41 kommentaar 4.1, lk 216.

<sup>290</sup> *Ibid.*

VÕS § 41 allikateks on tüüptingimuste direktiivi artikkel 6, BGB § 306 ning osaliselt PECL-i artikkel 4:116 ja DCFR-i artikkel II.-9:408 lg 2.<sup>291</sup> BGB § 306 lg 1 kohaselt kehtib leping, milles on tuvastatud tühine tüüptingimus, muus osas edasi. BGB § 306 lg 2 kohaselt tuleb tühine tüüptingimus asendada seaduses ettenähtud tingimusega. BGB § 306 lg 3 näeb ette, et tühiste tüüptingimustega leping lõpetatakse juhul, kui see isegi pärast BGB § 306 lg-s 2 ette nähtud muudatusi põhjustab ühele lepingupoolele ebamõistlikke raskusi. Nii PECL-i<sup>292</sup> artikli 4:116 kui DCFR-i<sup>293</sup> artikli II.-9:408 lg 2 kohaselt tuleb tühiseks osutunud tingimusega leping jätta muus osas kehtima, kui see on õiguslikult võimalik. Seega vastavad PECL-i artikkel 4:116 ja DCFR-i artikkel II.-9:408 lg 2 meie TSÜS §-le 85 ja samuti tüüptingimuste direktiivi eesmärgile.

Nii BGB § 306 kui VÕS § 41 on aga tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg-ga 1 vastuolus.<sup>294</sup> VÕS § 41 puhul on tüüptingimuste direktiivi üldise eesmärgiga vastuolus lisaks sätte sõnastusele ka see, et säte on dispositiivne, sest Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt on tüüptingimuste tühisuse tagajärgede kohaldamine *ex officio* riigisisese kohtu kohustus<sup>295</sup> ja pooled ei saa seda omavahelise kokkuleppega muuta.

Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale on tüüptingimuste regulatsiooni eesmärk kaitsta nõrgemat lepingupoolt läbi selle, et liikmesriik näeb ette piisavad ja tõhusad võimalused ebamõistlikult kahjustavate tingimuste kasutamise lõpetamiseks tarbijalepingutes.<sup>296</sup> Tühiste tüüptingimuste lepingust välja arvamise, nii et leping jääb muus osas kehtima, on kooskõlas tüüptingimuste direktiivi artikli 7 pikaajalise eesmärgiga. Artikli 7 kohaselt peab direktiivil olema müüjatele ja teenuste osutajatele pikaajaline hoiatav mõju. Ebamõistlikult kahjustavate tüüptingimuste lepingust väljaarvamine motiveerib tingimuse kasutajat edaspidi tarbija suhtes ebaõiglaseid tingimusi mitte kasutama, sest kohtuotsus sunnib teda lepingut jätkama tema jaoks ebasoodsamaks muudetud tingimustel.<sup>297</sup>

Euroopa Kohus on selgitanud, et tüüptingimuste direktiivi eesmärgiks on jätta ebamõistlikke tingimusi sisaldavad lepingud võimalusel kehtima<sup>298</sup> sellepärast, et regulatsiooni peamine eesmärk on asetada tüüptingimusi sisaldava lepingu pooled olukorda,

<sup>291</sup> I. Kull. VÕS Komm I, § 41 kommentaar 2, lk 216.

<sup>292</sup> Principles of European Contract Law, eesti keeles "Euroopa lepinguõiguse põhimõtted", mille loojaks on Ole Lando komisjon.

<sup>293</sup> Study Group on a European Civil Code. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition. Sellier European Law Publishers 2009.

<sup>294</sup> Viide 18.

<sup>295</sup> Viide 58.

<sup>296</sup> EKo C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*, p 98; EKo C-421/14, *Banco Primus SA*, p 72; EKo C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p 68; EKo C-482/13, C-483/13, C-485/13 ja C-487/13, *Unicaja Banco ja Caixabank*, p 30.

<sup>297</sup> EKo C-421/14, *Banco Primus SA*, p 72; EKo C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*, p 98.

<sup>298</sup> Vt nt EKo C-453/10, *Pereničová ja Perenič*, p 31.



kus nende vahel valitseks tegelik, mitte vaid puhtformaalne tasakaal.<sup>299</sup> Selle tasakaalu saavutamine muutuks ainetuks, kui ebamõistlikke tüüptingimusi sisaldavad lepingud tuleks VÕS § 41 alusel igal juhul tühistada, kui tingimuse kasutaja suudab näidata, et ilma vaidlustatud tingimusest poleks ta lepingut üldse sõlminud. Samamoodi võtab direktiivilt selle kasuliku mõju BGB § 306, mis lubab arvestada ka tingimuse kasutaja jaoks tekkivaid ebamõistlikke raskusi.

Seda, kas leping saab ilma ebaõiglaste tüüptingimusteta edasi kehtida, tuleb Euroopa Kohtu hinnangul nii tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 kui majandustegevuse õiguskindluse nõuete tõttu tõlgendada objektiivselt. Nii ei saa liikmesriigi kohus lepingut tervikuna tühistada näiteks sellepärast, et lepingu nõrgemale poolele oleks lepingu tühisus soodsam kui lepingu edasikehtimine ilma ebamõistlike tüüptingimusteta.<sup>300</sup> Kui Euroopa Kohus ei luba riigisisel kohtul tüüptingimustega lepingut kehtetuks tunnistada pelgalt sellepärast, et see oleks lepingu nõrgemale poolele kasulik tagajärg, siis peaks veelgi vähem olema lubatud leping kehtetuks tunnistada sellepärast, et see oleks soodne tingimuse kasutajale.

Reeglina on siseriiklikul kohtul keelatud ka ebaõigluse tõttu tühiseks osutunud tüüptingimuse asendamine teise sättega. Siseriiklikule kohtule sellise õiguse andmine võtaks direktiivilt tema hoiatava mõju, sest ebaõiglased lepingutingimused kehtestanud pool võiks siis alati loota, et kohus täiendab vajadusel lepingut uue tingimusega ning kaitseb sellega tema õigusi.<sup>301</sup> Järelikult tuleb leping, mida ei ole õiguslikult võimalik jätkata ilma tühise tüüptingimusest, tunnistada kehtetuks täies ulatuses, ilma et muudetaks tingimuse sisu. Ka tingimuste asendamise osas on VÕS § 41 sõnastus tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 sõnastuse ja Euroopa Kohtu praktikaga vastuolus, sest on tingimuse kasutajale kasulik, kui direktiiv lubab.

Ainsaks erandiks on Euroopa Kohtu hinnangul olukord, kus kogu lepingu täies ulatuses kehtetuks tunnistamine tooks tarbijale kaasa eriti kahjuliku mõju. Nii on see näiteks laenulepingu puhul, kus lepingu lõpetamine tähendaks, et kogu laenujääk muutub korraga sissenõutavaks.<sup>302</sup> Sisuliselt karistatakse sellega tarbijat, kuid ei motiveeritaks müüjat edaspidi ebaõiglusest hoiduma. See oleks direktiivi eesmärgiga vastuolus ja seetõttu on kogu lepingu tühistamine erandlikult lubatud.<sup>303</sup> Tüüptingimuste direktiivi eesmärgile ei vasta aga kindlasti see, kui kohus lõpetab hankelepingu VÕS § 41 alusel ainult sellepärast, et tingimuse kasutaja

---

<sup>299</sup> *Ibid*, p 28.

<sup>300</sup> Viide 59.

<sup>301</sup> Viide 287.

<sup>302</sup> EKo C-26/13, *Árpád Kásler*, p-d 83-84.

<sup>303</sup> EKo C-96/16 ja C-94/17, *Banco Santander ja Escobedo Cortés*, p 74; EKo C-51/17, *OTP Bank ja OTP Faktoring*, p 61; EKo C-118/17, *Dunai*, p 54.

tõendab, et poleks üldse sõlminud lepingut, millest langevad välja tühisena tuvastatud tüüptingimused.

Teiselt poolt on hankelepingu kehtima jätmise VÕS § 41 alusel vastuolus hankedirektiivi artikliga 72 lg 4 p-dega (a) ja (b) ning nendega korrespondeeruva RHS § 123 lg 2 p-dega 1 ja 2, kui lepingust väljajääv tüüptingimus muudab lepingust tulenevat lepinguliste kohustuste vahekorda oluliselt pakkuja kasuks hankelepingus algselt sätestamata viisil või oleks võinud kaasa tuua algse pakkujate ringi suurenemise või hankelepingu sõlmimise mõne teise pakkujaga. Hankelepingu oluline muutmine on keelatud<sup>304</sup> ja hankedirektiivi artikli 72 lg 5 kohaselt tuleks hankelepingu keelatud muutmise puhul korraldada uus hankemenetlus.

Tüüptingimuste regulatsiooni olemuse tõttu ei saa hankelepingu muutmist lubada seeläbi, et hankija jätab endale RHAD-s vastava õiguse.<sup>305</sup> Esiteks peaks pakkuja hea usu põhimõttest tulenevalt tüüptingimusi vaidlustama vaid lepingueelses vaidlustusmenetluses.

Käesoleva magistritöö teine hüpotees lähtub eeldusest, et maakohtus saab pakkuja hankelepingu osaks olevate tüüptingimuste ebamõistlikkuse üle vaielda ainult siis, kui tal oli objektiivselt võimatu vaidlustada tingimusi lepingueelselt. Isegi, kui tüüptingimuste üle vaidlemine hankelepingu kehtivuse ajal ei oleks üldreeglina hea usu põhimõtte vastane, poleks hankijal võimalik näha hanketingimustes ette üheselt mõistetavat viisi tüüptingimuste võimalikuks lepingust väljaarvamiseks hankelepingu kehtivuse ajal. Tüüptingimuste olemust ja võimalikku ebamõistlikult kahjustavat olemust hindab kohus *ex officio*, võttes sealjuures arvesse kõiki aspekte. Selliste kohtuvaidluste lõpptulemust on võimatu ette näha.

Samuti rikuks hilisema vaidlustusvõimaluse ettenägemine hanketingimustes pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtteid, sest hankelepingu eelselt on vaidlustusvõimalus võrdselt kõigil pakkujatel, kuid hankelepingu kehtivuse ajal ainult lepingu teisel poolel. Pealegi võib tsiviilvaidlus lõppeda kompromissiga, millest teised pakkujad, kes samuti suudaksid täita hankelepingut selle muudetud kujul, ei saa isegi teada. Kuna tüüptingimuste tühisuse tuvastamise võimalikke tagajärgi pakkuja kohustustele hanketingimustes ammendavalt reguleerida ei saa, on nende tühisuse tuvastamine hankelepingu kehtivuse ajal igal juhul hankelepingu *de facto* oluline muutmine.

Tulenevalt hankedirektiivi artiklist 73 (a) ja RHS § 124 lg 1 p-st 1 peab lubamatult muudetud hankelepingu lõpetamise õigus olema hankijal endal. Õiguskaitsevahendite direktiiv, mida käsitleti eelmises peatükis, ei sisalda eraldi meetmeid selle olukorra reguleerimiseks, kus ebaseaduslikult muudetakse kehtivat hankelepingut, sest

---

<sup>304</sup> Viide 14.

<sup>305</sup> EKo C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p-d 115, 117, 118; hankedirektiivi art 72 lg 1 (a).

õiguskaitsevahendite direktiivi hankedirektiivide reformimisel ei muudetud.<sup>306</sup> Seevastu hankedirektiivi artikliga 73 nähti ette uus õiguskaitsevahend, mida saab kasutada ainult hankija. Liikmesriik peab hankijale tagama võimaluse ebaseaduslik hankeleping ennetähtaegselt üles öelda. Eesti õiguses on oluliselt muudetud hankelepingu lõpetamise võimalus hankijale antud RHS § 124 lg 1 p-ga 1.

Lisaks sellele saavad pakkujad, kelle õigusi on rikutud, taotleda ebaseaduslikult muudetud hankelepingu tühisuse tuvastamist RHS § 121 lg 1 p 1 tähenduses ja RHS § 185 lg 4 p 3 alusel<sup>307</sup>, sest lepingu muutmisel on tegu *de facto* uue hankelepinguga, mille sõlmimisele ei eelnenud nõuetekohast menetlust.<sup>308</sup> Praktikas võib kahjustatud pakkujal olla võimatu teada, millal hankija ja lepingu teiseks pooleks olev pakkuja lepingut muutsid, mistõttu ei esita ta vaidlustust RHS § 189 lg-s 6 ettenähtud tähtaja ehk kuue kuu jooksul alates *de facto* uue hankelepingu sõlmimisest.<sup>309</sup> Kuna hankelepingu täitmine, sealhulgas hankelepingu oluline muutmine, ei ole konkurentidele piisavalt nähtav, siis ei peeta praktikas hästi teostatavaks ei pakkuja seadusjärgset võimalust nõuda *de facto* uue riigihankelepingu tühisuse tuvastamist ega ka pakkuja kahjunõuet, mille saaks esitada RHS § 185 lg 6 alusel ja vastavalt RHS § 189 lg-le 10 ühe aasta jooksul.<sup>310</sup>

Magistritöö teise hüpoteesi kontrollimiseks tuleb analüüsida ainult hankijale RHS § 124 lg 1 p-ga 1 antud õigust, sest olenemata sellest, kas pakkujatel on praktikas lihtne rakendada *de facto* oluliselt muudetud hankelepingu korral neile RHS-iga antud õiguskaitsevahendeid, on vastavate nõuete esitamine õiguslikult võimalik. Seevastu tüüptingimuste regulatsiooni laienemine hankelepingule võib takistada hankija RHS § 124 lg 1 p-st 1 tuleneva õiguse maksmapanemist.

Hankija kohustust lõpetada ebaseaduslik hankeleping ennetähtaegselt on Euroopa Kohus käsitlenud nii kohtuasjas C-503/04 *komisjon vs Saksamaa* kui kohtuasjas C-91/08 *Wall. Komisjon vs Saksamaa* kohtuasja algatas Euroopa Komisjon, mis nõudis, et Saksamaa täidaks Euroopa Kohtu lahendeid C-20/01 ja C-28/01 ning lõpetaks pakkujale kolmekümneks aastaks antud ebaseadusliku otselepingu. Saksamaa oli kohtuistungil toimumise ajaks hankelepingu juba vabatahtlikult lõpetanud, kuid jäi ikkagi seisukohale, et

<sup>306</sup> Hankedirektiivide reform toimus 2016. aastal, kuid õiguskaitse direktiivi muudeti viimati 2007. aastal. Vt ka M. A. Simovart. *Juridica* 2016, 1, lk 57.

<sup>307</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2016, 1, lk 57.

<sup>308</sup> EKo C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur*, p 34; EKo C-91/08, *Wall*, p 37; EKo C-337/98, *komisjon vs Prantsusmaa*, p-d 44 ja 46.

<sup>309</sup> Viide 307.

<sup>310</sup> M. A. Simovart. *Juridica* 2016, 1, lk 58.

kohustust hankelepingu lõpetamiseks EL õigusest, täpsemalt direktiivi 89/665 artikli 2 lg-st 6,<sup>311</sup> ei tulene.

Menetlusega ühinenud Saksamaa, Prantsusmaa, Madalmaad ja Soome leidsid samuti, et Komisjon ei saa direktiivi 89/665 artikli 2 lg 6 alusel kohustada hankijat hankelepingut lõpetama ning liikmesriigil on lubatud teiste pakkujate kaitseks ette näha vaid kahjunõue. Hankelepingu erakorraline lõpetamine rikuks lepingu teiseks pooleks oleva pakkuja õiguspäraseid ootusi, õiguskindluse ja *pacta sunt servanda* põhimõtteid ning riivaks lubamatult omandiõigust.<sup>312</sup> Seega esitasid liikmesriigid menetluses peamiselt eraõiguslikel põhimõtetel põhinevaid argumente, mille kohaselt tuleks kaitsta mitte ainult hankelepingust kõrvalejäänud pakkujaid, st konkurentsiolukorda, vaid ka hankelepingu võitnud pakkujat.

Euroopa Kohus asus seisukohale, et pakkuja õiguspärane ootus ei kaalu üles hankija kohustust mitte kahjustada ühisturgu.<sup>313</sup> Direktiivi 89/665 artikli 2 lg 6 reguleerib pakkuja ja hankija vahelisi suhteid, andes pakkujale õiguse nõuda hankijalt ebaseadusliku lepinguga tekitatud kahju hüvitamist, aga ei reguleeri liikmesriigi kohustusi Euroopa Liidu suhtes. Eraõiguslikud põhimõtted, mille kohaselt tuleb kehtivat lepingut täita ning kaitsta teise poole õigustatud ootust lepingu püsijäämise suhtes, kohalduvad liikmesriigi ja pakkuja vahelises suhtes. Need põhimõtted ei anna liikmesriigile õigust rikkuda jätkuvalt Euroopa Liidu õigusest tulenevaid kohustusi.<sup>314</sup> Liidu õigusest tuleneb kohustus kaitsta nelja põhivabadust, millel baseerub ühisturg, ja tagada seeläbi tõhus konkurents. Tõhusa konkurentsi eesmärk on omakorda võimaldada tarbijatele parimat kvaliteeti võimalikult madala hinnaga. Seda eesmärki ei ole võimalik täita, kui ebaseaduslikult saadud hankeleping jääb püsima.<sup>315</sup>

Lahendis *Wall* tegi Euroopa Kohus teistsuguse järelduse, sedastades, et liikmesriik ei ole kohustatud lõpetama ebaseaduslikku kontsessioonilepingut, sest see ei kuulu hankedirektiivide reguleerimisalasse.<sup>316</sup> Seevastu Riigikohus, mis 2009. aastal lahendas Torma vallas 49 aastaks antud ebaseadusliku kontsessioonilepingu küsimust, otsustas, et selline leping tuleb võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse põhimõtete rikkumise tõttu lõpetada ning tuvastas kohtuotsuse resolutsioonis vaidlustatud lepingu tühisuse.<sup>317</sup> Nii Euroopa Kohus

<sup>311</sup> Vaidlusalune lõige: „Lõikes 1 nimetatud volituste kasutamise mõju sõlmitud ja juba täidetud lepingule määratakse kindlaks siseriikliku õigusega. Lisaks sellele võib liikmesriik ette näha, et pärast lepingu sõlmimist piirduvad läbivaatamise korra eest vastutava asutuse volitused kahjutasu maksmisega kõigile rikkumise tõttu kahju kannatanud isikutele, v.a juhul, kui otsus tuleb jätta kõrvale enne kahjutasu maksmist.”

<sup>312</sup> EKo C-503/04, *komisjon vs Saksamaa*, p 31.

<sup>313</sup> *Ibid* ja EKo C-20/01 ja C-28/01, *komisjon vs Saksamaa*, p 39.

<sup>314</sup> EKo C-503/04, *komisjon vs Saksamaa*, p-d 35-36.

<sup>315</sup> Sama väljendavad olulise muudatuse lubamatust analüüsides ka J. Brodec ja V. Janeček. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? P.P.L.R. 2015, 3, lk 95.

<sup>316</sup> EKo C-91/08, *Wall*, p-d 33, 62 ja 65; S. Treumer. Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues. Ilmunud kogumikus „Enforcement of the EU Public Procurement Rules“, toim. S. Treumer ja F. Lichère. 1. trükk, 3. köide. Kopenhaagen: Djøf Forlag 2011, lk 48.

<sup>317</sup> RKHKo 3-3-1-66-10, p 19.

kui Riigikohus rõhutasid sealjuures oma lahendis, et riigihanke üldpõhimõtted – võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse nõue – kehtivad ka kontsessioonilepingu puhul<sup>318</sup>, kuid nende järelused lepingu lõpetamise kohustuslikkuse osas olid erinevad.

Hankedirektiivi artikli 73 (a) ei kohusta hankijat ebaseaduslikult muudetud hankelepingut lõpetama, vaid kohustab liikmesriiki tegema hankija jaoks lepingu lõpetamise võimalikuks. Sätte võimalikku rakendamist praktikas on analüüsinud mitmed riigihankeeksperdid, sealhulgas Steen Treumer<sup>319</sup> ja Mari Ann Simovart<sup>320</sup>. 2016. aastal kaitses Tartu Ülikooli õigusteaduskonnas Mari Ann Simovardi juhendamisel vastavasisulise magistritöö ka Marek Korindt.<sup>321</sup>

Ühelt poolt argumenteeritakse, et koosmõjus hankedirektiivi põhjenduspunktiga 112 tuleks hankedirektiivi artiklis 73 siiski ette näha kohustus, mitte võimalus, sest ainult nii tagataks pakkujate võrdne kohtlemine<sup>322</sup>. Sealjuures võib hankijapoolne hankelepingu lõpetamine olla vastuolus hea usu põhimõttega, sest hankija on hankelepingu lubamatu muutmise oma käitumisega ise põhjustanud.<sup>323</sup> Teisalt leitakse, et hankija peaks enne oma õiguse kasutamist kaaluma lisaks hanke üldpõhimõtetele ka teisi asjaolusid. Nendeks on ennekõike rikkumise tõsidus; mõju siseturule, kui hankija hankelepingut ei lõpeta; lepingu täidetuse aste; avalik huvi; ja lepingupoolte huvid.<sup>324</sup>

Käesoleva magistritöö eesmärgiks ei ole analüüsida, kas ja millistel tingimustel peaks hankija talle RHS § 124 lg 1 p-ga 1 antud õigust kasutama, vaid uurida, kas hankija jaoks on selle õiguse kasutamine üldse võimalik, kui hankelepingu olulise muudatuse tingib selles sisalduvate tüüptingimuste tühisuse tuvastamine.

### 3.2 Normikonflikti lahendamine

Magistritöös analüüsiti tarbijakaitseks mõeldud tüüptingimuste direktiivi ja hankedirektiivi paralleelset kohaldamist hankelepingule. Lisaks neile direktiividele kohaldub hankelepingule ka ELTL, nagu märgiti töö esimeses peatükis, sest kõige olulisemad hankeõiguse põhimõtted – pakkujate võrdse kohtlemise kohustus ja läbipaistvus - tulenevad

<sup>318</sup> EKo C-91/08, *Wall*, p-d 33 ja 65; RKHKo 3-3-1-66-10, p 15.

<sup>319</sup> S. Treumer. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E. C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows. P.P.L.R. 2007, 6, lk 371-386.

<sup>320</sup> M. A. Simovart. The power of termination under art.73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation. P.P.L.R. 2018, 6, lk 297-287.

<sup>321</sup> M. Korindt. Hankijapoolne hankelepingu lõpetamine selle lubamatu muutmise korral. Magistritöö. Juhendaja M. A. Simovart. Tallinn 2016.

<sup>322</sup> M. A. Simovart. P.P.L.R. 2018, 6, lk 281.

<sup>323</sup> M. Korindt. *Op cit*, lk 45.

<sup>324</sup> S. Treumer. P.P.L.R. 2007, 6, lk 377-388.

juba aluslepingust. Need hankeõiguse põhimõtted kehtivad ka selliste riigihangete korral, mis jäävad oma väikese mahu tõttu hankedirektiivi kohaldamisalast välja. Nii aluslepingu sätted kui õiguse üldpõhimõtted asuvad EL õigusnormide hierarhias direktiividest kõrgemal<sup>325</sup>, sest läbi õiguse üldpõhimõtete tõlgendab Euroopa Kohus Euroopa Liidu õigusakte.<sup>326</sup> Kuna direktiiv on õigusaktide hierarhias aluslepingust madalam, ei saa direktiiviga piirata aluslepingu sätteid.<sup>327</sup> See on põhjus, miks EL õiguse üldpõhimõtete ja direktiivide vastuolu korral prevaleerivad esimesed, ning ühtlasi selgitab see, miks aluslepingust tulenevad hankeõiguse üldpõhimõtted kohalduvad isegi sellistele riigihangetele, mis jäävad hankedirektiivide kohaldamisalast välja.

Nii tüüptingimuste direktiiv, hankedirektiiv kui ka õiguskaitse direktiiv, millega tagatakse hankedirektiivi eesmärkide täitmine, on ELTL artikli 288 lg 1 alusel vastu võetud Euroopa Liidu seadusandlikud aktid<sup>328</sup>, mis vastavalt ELTL artikli 288 lg-le 3 on siduvad kõigile liikmesriikidele, millele nad on adresseeritud. Liikmesriigid võivad direktiivi eesmärgi saavutamiseks ise valida vajaliku vormi ja meetodid. Liikmesriigi kohustus võtta siseriiklikult sobivad meetmed direktiivi eesmärgi täitmiseks tuleb ELTL artikli 291 lg-st 1. Eesti suhtes on siduvad kõik magistratöös käsitletud direktiivid, sealhulgas tüüptingimuste direktiiv, mis võeti vastu 1993. aastal, st enne seda, kui Eestist sai EL liikmesriik. Eesti kohustus täita Euroopa Liidu *acquis*'d jõustus 01.05.2004, mil Eesti ühines Euroopa Liiduga, sest ühinemislepinguga võeti Eesti õiguskorda üle kogu Euroopa Liidus kehtiv õigustik.<sup>329</sup>

Euroopa Liidu õigus on riigisisese õiguse suhtes ülimuslik, nagu Euroopa Kohus selgitas juba 1964. aastal kohtuasjas *Costa vs ENEL* - kuna alusleping on kõigi liikmesriikide õiguse lahutamatu osa, siis ei saa siseriiklik õigus olla vastuolus ei aluslepingu ega selle alusel vastu võetud Euroopa Ühenduste õigusaktidega.<sup>330</sup> Euroopa Liidu õiguse ülimuslikkust aluslepingud otsesõnu ei sisalda, kuid Lissaboni lepingule on lisatud 17. deklaratsioon ülimuslikkuse kohta. Selles viidatakse samuti *Costa vs ENEL*i kohtuasjale: Ühenduse asutamisleping on iseseisev õigusallikas, millele ei saa eelistada riigisiseseid õigusnorme, sest

<sup>325</sup> EL õigusaktide viieastmeline hierarhia rajati Lissaboni lepinguga: lisaks aluslepingule, õiguse üldpõhimõtetele ja direktiividele on hierarhias ka delegeeritud aktid ja rakendusaktid, mida magistratöös ei käsitleta. Vt hierarhia kohta täpsemalt: D. Curtin ja T. Manucharyan. *Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law*. Ilmunud kogumikus „The Oxford Handbook of European Union Law“, toim. Arnall, Anthony ja Chalmers, David. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 103; P. Craig ja G. De Burca. *Op cit.*, lk 121.

<sup>326</sup> P. Craig ja G. De Burca. *Op cit.*, lk 112.

<sup>327</sup> Vt nt kohtujuristi arvamus asjas EKo C-503/04, *komisjon vs Saksamaa*, p 29: Direktiiviga ei saa piirata aluslepingust tulenevaid kohustusi.

<sup>328</sup> ELTL artikli 289 lg 3 määratluse kohaselt on seadusandlikud aktid kõik seadusandliku menetluse teel vastuvõetud aktid. Seadusandliku menetluse kohta täpsemalt vt ELTL artikkel 294.

<sup>329</sup> Ühinemisleping Euroopa Liiduga, RT II 2004, 3, 8, art 3.

<sup>330</sup> EKo C-6/64, *Costa vs ENEL*, lk 593-594.

sellega kaoks ühenduse õiguse olemus ja seataks kahtluse alla ühenduse õiguslik alus.<sup>331</sup> Ülimuslikkuse põhimõttest tulenevalt ei ole liikmesriigil lubatud kohaldada siseriiklikke sätteid, mis on vastuolus aluslepingu või liikmesriigile täitmiseks kohustusliku teisese ühenduse õigusakti, näiteks liikmesriigile adresseeritud direktiiviga. Faktile, et riigisisene õigus ei saa EL-i õiguse ülimuslikkuse tõttu mõjutada EL-i õigusaktide kohaldatavust, on viidatud ka Riigikohtu praktikas.<sup>332</sup>

Niisiis peab riigisisene õigus EL-i õiguse ülimuslikkuse tõttu olema EL-i õigusega kooskõlas. Nagu peatüki esimeses osas selgus, on VÕS § 41 vastuolus nii tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lõikega 1, mille VÕS § 41 üle võtab, kui ka RHS §-ga 124 lg 1 p-ga 1, millega Eesti õigusse võeti üle hankedirektiivi artikli 73 (a). VÕS § 41 vastuolu tüüptingimuste direktiiviga käsitles Carri Ginter juba 2001. aastal.<sup>333</sup>

Käesoleva magistritöö hüpoteesi kinnitamiseks või ümberlukkamiseks tuleb uurida ainult teist probleemi – tüüptingimuste direktiivi alusel loodud riigisisese võlaõigusliku normi vastuolu riigisisese riigihankenormiga, mis on loodud hankedirektiivi alusel. Sealjuures vastab RHS § 124 lg 1 p 1 hankedirektiivi artiklile 73 (a) ehk on õigesti üle võetud. RHS § 124 lg 1 p-ga 1 oleks VÕS § 41 siiski vastuolus ka siis, kui sellega oleks korrektselt üle võetud tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1. Mõlemal juhul jätab VÕS § 41 tühiste tüüptingimuste lepingu lõpetamise õiguse riigisisesele kohtule, kuigi hankedirektiivi alusel kuulub see õigus hankijale. Seetõttu tuleb esmalt analüüsida, kas ja miks on tüüptingimuste direktiivi kohaldamisala laiendamine hankelepingutele õiguspärane.

Liikmesriigid kohustuvad ELTL artikli 288 lg 3 alusel direktiivi üle võtma selliselt, et saavutataks selle eesmärk. Võimalik on ka direktiivi ülevõtmine selliselt, et riigisised sätted lähevad kaugemale, kui direktiivi eesmärgi saavutamiseks vajalik. Sellise tegevuse vastuvõetavus sõltub sellest, kas liidu seadusandja eesmärk oli direktiivi vastuvõtmisel vastava valdkonna maksimaalne või minimaalne harmoneerimine.<sup>334</sup> Esimesel juhul ei või rakendada direktiiviga nõutust rangemaid reegleid, sest nii ei tagataks direktiivi ühetaolist kohaldamist kõigis liikmesriikides, teisel juhul on minimaalsest harmoneerimistasemest kaugemale minek lubatud.<sup>335</sup> Tüüptingimuste direktiiv on miinimumdirektiiv.<sup>336</sup> Seega on riigisisese õiguses direktiiviga nõutust kaugemale minek õiguspärane.

<sup>331</sup> 17. deklaratsioon ülimuslikkuse kohta, Nõukogu õigustalituse arvamus 22. juuni 2007; EKo C-6/64, *Costa vs ENEL*, lk 594.

<sup>332</sup> RKHKo määrus asjas nr 3-15-1188/21, p 21; RKHKo 3-3-1-66-05, p 9.

<sup>333</sup> Viide 18.

<sup>334</sup> M. Habersack ja C. Mayer. *Gold-Plating: The Implementation of Directives Through National Provisions*. Ilmunud kogumikus *European Legal Methodology. Ius Communitatis VII*. Toimetaja Karl Riesenhuber. Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia 2017, lk 351.

<sup>335</sup> A. Hartkamp, C. Sieburgh ja W. Devroe. *Op cit.*, lk 21.

Miimumdirektiivi ülevõtmisel eristatakse rangemate riigisiseste sätete puhul kahte olukorda.<sup>337</sup> Esiteks võib liikmesriik võtta direktiivi eesmärgi tagamiseks miimumtasemest rangemaid reegleid, mille eesmärk on tagada direktiiviga antust tõhusam kaitse.<sup>338</sup> Tüüptingimuste direktiivi puhul tähendab see, et liikmesriik võib tarbijate kaitseks võtta vastu rangemaid reegleid kui direktiiviga minimaalselt nõutu<sup>339</sup>, eeldusel et see ei lähe vastuollu aluslepinguga. Teiseks võib liikmesriik laiendada direktiivi kohaldamisala, nii et riigisisene õigus reguleerib ka olukordi, mida direktiiv ei reguleeri.<sup>340</sup> Tüüptingimuste direktiivi üle võttes valis Eesti teise võimaluse, sest tüüptingimuste direktiivi kohaldamisalas on vastavalt direktiivi artikli 1 lg-le 1 ainult tarbijalepingud, Eesti kohaldab direktiivi VÕS § 36 lg 3 alusel aga ka majandus- ja kutsetegevuses sõlmitud lepingutele.

Direktiivi sätete tõlgendamise pädevus on Euroopa Kohtul ja seda ka neil juhtudel, mis ei jää direktiivi kohaldamisalasse.<sup>341</sup> Iga direktiivi sätteid tõlgendab Euroopa Kohus küll vaid selle direktiivi kohaldamisala piires<sup>342</sup>, kuid kui direktiivi kohaldamisala laiendamine toob kaasa uued EL-i õiguse tõlgendamise küsimused, siis on Euroopa Kohtul ka nende tõlgendamise pädevus. See on nii sellepärast, et mitte miski ELTL artikli 267 lg 1 p (b)<sup>343</sup> sõnastuses ei piira Euroopa Kohtu tõlgendamise pädevust vaid nende olukordadega, mis direktiivi tõlgendamisel võivad tekkida kõigis liikmesriikides.<sup>344</sup>

Järelikult saaks Eesti kohus tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamise kohta hankelepingule vajadusel küsida Euroopa Kohtult eelotsust ELTL artikli 267 lg 2 alusel.<sup>345</sup> Eelotsuse küsimine pole aga vajalik, kui küsimusele on Euroopa Kohtu praktikas juba ammendavalt vastatud.<sup>346</sup> Järgnevalt analüüsitaksegi, milliseid võimalusi pakub olemasolev Euroopa Kohtu praktika VÕS § 41 ja RHS § 124 lg 1 p 1 vahelise vastuolu ületamiseks, arvestades et mõlema sättega on Eesti õiguskorda üle võetud Euroopa Liidu direktiivi säte.

Kui riigisisene õigus on direktiivi eesmärgiga vähemalt osaliselt vastuolus, siis lähtuvalt EL õiguse ülimuslikkuse printsiibist ja asjaolust, et ELTL artikli 288 lg 3 alusel on

---

<sup>336</sup> Tüüptingimuste art 8: "Liikmesriigid võivad käesoleva direktiivi reguleerimisalas vastu võtta või säilitada asutamislepingule vastavad rangemad sätted, et tagada tarbijate kaitstuse kõrgem tase."

<sup>337</sup> Inglise keeles mõlemad *spill-over effects* (A. Hartkamp, C. Sieburgh ja W. Devroe. *Op cit.*, lk 21) või *goldplating of directives* (M. Habersack ja C. Mayer. *Op cit.*, lk 343).

<sup>338</sup> Inglise keeles *spontaneous harmonisation* (A. Hartkamp, C. Sieburgh ja W. Devroe. *Op cit.*, lk 21) või *substantive over-fulfilment* (M. Habersack ja C. Mayer. *Op cit.*, lk 351).

<sup>339</sup> EKo C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, p 44.

<sup>340</sup> A. Hartkamp, C. Sieburgh ja W. Devroe. *Op cit.*, lk 21; M. Habersack ja C. Mayer. *Op cit.*, lk 352.

<sup>341</sup> EKo C-28/95, *Leur-Bloem*, p 25 jj; EKo C-3/04, *Poseidon Chartering*, p-d 16-19.

<sup>342</sup> M. Habersack ja C. Mayer. *Op cit.*, lk 367 ja seal viidatud kohtupraktika: EKo C-91/92 *Faccini Dori*, p 23 jj.

<sup>343</sup> ELTL art 267 lg 1 p (b): Euroopa Liidu Kohus on pädev tegema eelotsuseid, mis käsitlevad liidu institutsioonide, organite või asutuste õigusaktide kehtivust ja tõlgendamist.

<sup>344</sup> Viide 341.

<sup>345</sup> ELTL art 267 lg 2: Kui [liidu õigusakti tõlgendamise] küsimus antakse liikmesriigi kohtusse, võib see kohus, kui ta leiab, et otsuse tegemiseks on vaja kõnealune küsimus lahendada, taotleda sellekohast eelotsust kohtult.

<sup>346</sup> EKo C-28/62, *De Costa*, resolutiivosa p 1; EKo C-283/81, *CILFIT*, resolutiivosa.



direktiivi eesmärgi saavutamine adressaadist liikmesriigile kohustuslik, tuleb EL-i ja riigisisese normi omavaheline konflikt lahendada vastavalt Euroopa Kohtu praktikas väljatöötatud põhimõtetele.

Liikmesriikide kohustus arvestada Euroopa Kohtu tõlgendusi EL-i õiguse kohta tuleneb vajadusest tõlgendada Euroopa Liidu õigust ühetaoliselt.<sup>347</sup> Sealjuures on liikmesriik kohustatud Euroopa Liidu õigust kooskõlaliselt tõlgendades arvestama mitte ainult vaidlusaluse sätte, vaid kogu riigisisese õiguskorraga.<sup>348</sup>

Esimene võimalus on kohaldada riigisisese õiguse asemel vahetult direktiivi sätet.<sup>349</sup> VÕS § 41 ja RHS § 124 lg 1 p 1 vastuolu lahendamiseks see meetod ei sobi, sest VÕS § 41 on RHS § 124 lg 1 p-ga 1 vastuolus praeguses redaktsioonis ja oleks vastuolus ka siis, kui tüüptingimuste direktiivi sätte oleks sellega õigesti üle võetud. Mõlemal juhul jätab VÕS § 41 tühiste tüüptingimuste lepingu lõpetamise õiguse riigisisesele kohtule, kuigi hankedirektiivi alusel kuulub see õigus hankijale. Hankedirektiivi artikli 73 (a) vahetu kohaldamise eelduste kontroll ei ole vajalik, sest RHS § 124 lg 1 p 1 võtab hankedirektiivi artikli 73 (a) õigesti üle.

Seetõttu tuleb püüda riigisisest õigust tõlgendada direktiivikonformselt<sup>350</sup> ja kooskõlas EL õigusega.<sup>351</sup> Kooskõlalise tõlgendamise nõude sätestas Euroopa Kohus esmakordselt *Von Colsoni ja Kamanni* kohtuasjas.<sup>352</sup> *Marleasingu* kohtuasjas leidis Euroopa Kohus, et riigisisesed kohtud peavad riigisisest õigust tõlgendama nii, et võimalusel maksimaalselt järgitaks direktiivi sõnastust ja eesmärki.<sup>353</sup> Õiguskirjanduses on sellist tõlgendamiskohustust nimetatud eelistus- või optiseerimisreegliks, mille kohaselt tuleb riigisisese õiguse tõlgendamisel eelistada teleoloogilist tõlgendust teistele võimalikele tõlgendustele, nt süstemaatilisele, juhul kui nii on võimalik saavutada riigisisese õiguse direktiivikonformne tõlgendus.<sup>354</sup> Hankelepingu puhul tuleneb kooskõlalise tõlgendamise vajadus kohustusest järgida EL-i hankeõiguse üldpõhimõtteid, isegi kui lepingule kohaldatakse eraõigust<sup>355</sup> nagu Eestis.

Kooskõlaline tõlgendamine allub samuti EL-i õiguse üldpõhimõtetele ning ei saa seetõttu minna vastuollu õiguskindluse põhimõtte või põhiõigustega ega tuua kaasa

<sup>347</sup> J. Brodec ja V. Janeček. *Op cit.*, lk 93.

<sup>348</sup> *Ibid*, lk 93.

<sup>349</sup> Direktiivi vahetu kohaldamise eelduste kohta vt EKo 41/74, *Van Duyn*, p-d 12-13, ja EKo 148/78, *Tullio Ratti*, resolutiivosa p 1.

<sup>350</sup> Inglise keeles *conforming interpretation*.

<sup>351</sup> Inglise keeles *consistent interpretation*.

<sup>352</sup> EKo C-14/83, *Von Colson ja Kamann*, p 28; W.-H. Roth ja C. Jopen. *Interpretation in Conformity with Directives*. Ilmunud kogumikus *European Legal Methodology*. Ius Communitatis VII. Toimetaja Karl Riesenhuber. Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia 2017, lk 332.

<sup>353</sup> EKo C-106/89, *Marleasing*, p 8; vt ka nt EKo C-212/04, *Adeneler*, p 108.

<sup>354</sup> W.-H. Roth ja C. Jopen. *Op cit.*, lk 333, ja joonealuses märkuses nr 78 viidatud autorid C.-W. Canaris, U. Ehricke, T. M. J. Möllers.

<sup>355</sup> J. Brodec ja V. Janeček. *Op cit.*, lk 95.

riigisiseste õigusaktide tagasiulatuvat muutmist.<sup>356</sup> Õiguskindluse põhimõtte tõttu on lubamatu ka riigisisese õiguse *contra legem* tõlgendus.<sup>357</sup> Juhul, kui kooskõlaline tõlgendamine ei ole võimalik, peab liikmesriik jätma direktiiviga vastuolus olevad riigisised sätted kohaldamata, et mitte minna vastuollu direktiivi eesmärkidega.<sup>358</sup> Vältida tuleb olukorda, kus Euroopa Liidu õigust ei kohaldataks maksimaalsel võimalikul määral ning riik jätaaks tagamata need õigused, mida direktiiv isikutele annab.<sup>359</sup>

Ka Riigikohus on oma praktikas rõhutanud Eesti kui liikmeriigi kohustust kontrollida EL-i õigusest tuleneva Eesti õigusakti vastavust EL-i õigusele, sealjuures mitte ainult kitsalt sellele õigusaktile, mida Eesti õigusaktiga üle võetakse või rakendatakse, vaid ka EL-i esmasele õigusele, EL-i õiguse üldpõhimõtetele ja EL-s tunnustatud põhimõtetele, mille hulka kuuluvad põhivabadused ja –õigused. Eesti õigust tuleb tõlgendada võimalikult kooskõlas EL-i õigusega. Kui kooskõlaline tõlgendus ei ole võimalik, siis tuleb riigisisene säte jätta kohaldamata, ilma et algatataks põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetlus.<sup>360</sup>

VÕS § 41 direktiivikonformne tõlgendamine ei ole võimalik sellepärast, et viiks *contra legem* tõlgenduseni<sup>361</sup>, sest VÕS § 41 annab tühiste tüüptingimustega lepingu lõpetamise õiguse *expressis verbis* ainult riigisisesele kohtule. Sätet kohaldatakse eeldusel, et tingimuse kasutaja tõendab, et ei oleks lepingut ilma tühisena tuvastatud tüüptingimusteta üldse sõlminud. Kuna VÕS § 41 on vastuolus hankeõiguse sätete, sealjuures nii direktiivi kui riigisisese normiga, siis peavad Eesti kohtud jätma VÕS § 41 kohaldamata sellise hankelepingu puhul, kus õiguste ja kohustuste tasakaal pärast tüüptingimuse väljaarvamist pakkuja kasuks muutub, ja seda ka siis, kui hankija tingimuse kasutajana tõendab, et poleks lepingut ilma tühiseks osutunud tüüptingimusega sõlminud. Vastasel juhul võtaks riigisisene kohus hankijalt võimaluse kasutada RHS § 124 lg 1 p 1 alusel oma diskretsiooni oluliselt muudetud hankelepingu ennetähtaegseks lõpetamiseks, arvestades sealjuures mitte tüüptingimuste regulatsiooni, vaid hankeõiguse eesmärkidega seotud asjaolusid.

Riigihangete seadus on võlaõigusseaduse suhtes eriseaduseks. See tuleneb RHS § 8 lg-st 2, mille kohaselt hankelepingule kohaldatakse võlaõigusseaduses ja teistes õigusaktides asjaomase lepinguliigi kohta sätestatud vaid siis, kui riigihangete seaduses ei ole sätestatud teisiti. Seetõttu tuleb RHS § 124 lg 1 p 1 ja VÕS § 41 omavahelise vastuolu korral kohaldada RHS § 124 lg 1 p-i 1, sest vastavalt *lex specialis derogat lex generalis* põhimõttele

<sup>356</sup> W.-H. Roth ja C. Jopen. *Op cit.*, lk 338.

<sup>357</sup> EKo C-12/08, *Mono Car Styling*, p 61 ja seal viidatud kohtupraktika: EKo C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, p 13; EKo C-212/04, *Adeneler*, p 110; EKo C-268/06, *Impact*, p 100; EKo C-387/07, *Angelidaki jt*, p 199.

<sup>358</sup> EKo C-327/00, *Santex*, p 64.

<sup>359</sup> EKo C-406/08, *Uniplex*, p 49.

<sup>360</sup> RKHKm 3-3-1-85-07, p 38.

<sup>361</sup> EKo C-212/04, *Adeneler*, p 110; EKo C-105/03, *Pupino*, p 47.

kohaldatakse üldnorme kehtestava õigusakti ja erinorme kehtestava õigusakti kollisiooni korral viimast.<sup>362</sup>

Samuti tuleb VÕS § 41 jätta kohaldamata vastuolu tõttu RHS § 124 lg 1 p-ga 1 *lex superior derogat lex inferiori* tõlgendusargumendi alusel<sup>363</sup>, sest hierarhiliselt kõrgema ja madalama õigusnormi vastuolu puhul kohaldatakse kõrgemat. Kuigi VÕS § 41 ja RHS § 124 lg 1 p 1 on mõlemad riigisisese õiguse normid ja seega esmapilgul hierarhialiselt võrdse õigusjõuga, tekib nende vahel siiski *lex superior* ja *lex inferior* konflikt. See on nii järgmisel põhjusel.

RHS § 124 lg 1 p-ga 1 võeti Eesti õigusse üle hankedirektiivi artikliga 73 (a). Hankedirektiivi kui Euroopa Liidu teisese õigusakti kohaldamine hankelepingutele on Eesti jaoks kohustuslik, sest direktiiv on Eestile adresseeritud, selle ülevõtmise tähtaeg möödus direktiivi artikli 90 lg 1 kohaselt 18. aprillil 2016 ja selle kohaldamisalas on vastavalt direktiivi artikli 1 lg-le 1 kõik riigihanked, mis ületavad rahvusvahelise riigihangete piirmäära. Kuigi ka VÕS §-ga 41 võetakse üle EL-i direktiiv, mille eesmärgi saavutamine on Eestile siduv, ei ole tüüptingimuste direktiivi esialgses kohaldamisalas vastavalt selle artikli 1 lg-le 1 hankelepinguid. Seega ei tulene Euroopa Liidu õigusest kohustust kohaldada hankelepingule tüüptingimuste regulatsiooni ning VÕS § 41 peab RHS § 124 lg 1 p 1 ees taanduma. Kohustus kohaldada riigisisese õigusnormi ja EL-i õigusnormi vahelise vastuolu korral EL-i õigusnormi tekib kuupäevast, mil liikmesriigil oli kohustus vastav EL-i õigusnorm oma õiguskorda üle võtta.<sup>364</sup> Arvestades, et hankedirektiivi ülevõtmise tähtaeg oli 18. aprillil 2016, tuleb hankija hankedirektiivi artiklist 73 (a) tulenev õigus lugeda VÕS § 41 suhtes ülimuslikuks alates 18. aprillist 2016.

---

<sup>362</sup> A. Aarnio. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS Juura, 1996, lk 199.

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> D. D. Dingel. *Op cit.*, lk 119.

## KOKKUVÕTE

Magistritöös uuriti seda, kas võlaõigusliku tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamine hankelepingutele on era- ja hankeõiguse põhimõtetega kooskõlas või mitte. Hankelepingud on RHS § 8 lg 2 alusel eraõiguslikud lepingud, mille täitmisel tuleb arvestada ka riigihangete seaduses sätestatud erisustega. Üheks selliseks erisuseks on kehtiva hankelepingu olulise muutmise keeld. See tuleneb kõige olulisematest hankeõiguse põhimõtetest, mis kehtivad ka hankelepingu täitmise ajal: pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse nõudest.

„Oluline muutmine“ on EL-i autonoomne õigusmõiste, mis tuleb sisustada Euroopa Kohtu praktika alusel. Hankelepingu keelatud olulise muutmise alused on senise kohtupraktika alusel mitteammendava loeteluna sätestatud nii hankedirektiivis kui riigihangete seaduses. Magistritöö fookust arvestades on asjakohasteks olulisteks muudatusteks hankedirektiivi artikli 72 lg 4 p-des (a) ja (b) ning RHS § 123 lg 2 p-des 1 ja 2 sätestatud muudatused: hankelepingu õiguste ja kohustuste muutmine pakkuja kasuks, ilma et selline muudatus oleks ette nähtud RHAD-s; ning hankelepingu tingimuste muutmine selliselt, et see oleks võinud kaasa tuua esialgse pakkujate ringi suurenemise või hankelepingu sõlmimise mõne teise pakkujaga.

Sellistele määratlustele vastava muudatuse võib tingida ka hankelepingus sisalduvate tüüptingimuste tühisuse tuvastamine. Tühisena tuvastatud tingimusel ei ole küll algusest peale olnud õiguslikku tähendust ning seetõttu ei saa hankelepingu tüüptingimuste tühiseks osutumine tähendada lepingu muutmist õiguslikus mõttes. Arvestades aga liikmesriigi kohustust tõlgendada kogu riigisisest õigust kooskõllaliselt EL-i õigusega, tuleb tüüptingimuste tühisuse tuvastamist hankelepingus siiski pidada hankelepingu keelatud muudatuseks, sest tüüptingimuste tühisus toob kaasa lepinguliste kohustuste tasakaalu *de facto* muudatuse. See vastab keelatud olulise muudatuse definitsioonile. Selline tasakaalu muutumine või selle ulatus ei saa olla hankijale ja pakkujale hankelepingu sõlmimise ajal ettenähtav. Sel põhjusel ei saa hankija seda sätestada hankedokumentides lubatud muudatusena. Hankelepingus sisalduvate tüüptingimuste tühisuse tuvastamine hankelepingu kehtivuse ajal oleks vastuolus hankeõiguse üldpõhimõtetega, sest see rikuks pakkujate võrdse kohtlemise ja läbipaistvuse nõudeid. Kui hankelepingut siiski oluliselt muudetakse, peab hankijal tulenevalt hankedirektiivi artiklist 73 (a) olema võimalus hankeleping ennetähtaegselt lõpetada. See õigus on hankijale antud RHS § 124 lg 1 p-ga 1.

Juba kehtiva hankelepingu täitmise üle vaidlevad pooled maakohtus. Tulenevalt Euroopa Kohtu tüüptingimuste direktiivi alasest praktikast peab maakohus omal algatusel

hindama ka lepingus sisalduvate tüüptingimuste ebamõistlikult kahjustavat olemust. Selles kontrollis tuleb muuhulgas arvestada lepingu sõlmimisega seotud asjaolusid.

Hankelepingu sõlmimise viisi juures on olulised kaks aspekti: see, et pakkuja kinnitab pakkumust tehes heauskselt oma võimekust hankelepingut täita, ja see, et pakkujal on võimalik õigusvastased hanketingimused vaidlustada riigihangete vaidlustuskomisjonis enne hankelepingu sõlmimist. Magistritöös leidis kinnitust esimene hüpotees, mille kohaselt ei või pakkuja maakohtus toimuva hankelepingu vaidluse ajal üldreeglina enam tugineda tüüptingimuste tühisusele, sest sellega kuritarvitaks ta oma õigusi. Õiguste kuritarvitamise keeld on tsiviilõiguse üldpõhimõte ja piirab isiku subjektiivsete õiguste maksmapanemist.

Hüpoteesi kontrollimiseks analüüsiti esmalt Euroopa Kohtu juhiseid tüüptingimuste kehtivuse hindamise kohta. Need juhised puudutavad kohtuasju, kus vaieldakse tarbijalepingu täitmise üle, kuid ka nendest vaidlustest ilmneb, et isegi tarbija ei ole tüüptingimustega lepingu puhul alati nõrgemas positsioonis. Näiteks vähendab tüüptingimuste potentsiaalselt kahjustavat olemust see, kui tarbijale antakse lepingueelselt piisavat informatsiooni selle kohta, millised õiguslikud tagajärjed on vastavatel tingimustel. Hankeleping sõlmitakse võistlevas menetluses ja kuigi pakkuja ei saa tingimusi läbi rääkida, on tal alati kohustus tingimusi sisuliselt hinnata, küsides vajadusel hankijalt selgitusi, sest ta peab heauskselt kinnitama, et ta suudab pakutavaid tingimusi täita.

Lisaks Euroopa Kohtu praktikale analüüsiti töös Saksamaa kohtupraktikat ja Saksa võlaõigusseaduse BGB Müncheni 2019. aasta kommentaare. Eesti laiendas tüüptingimuste regulatsiooni kohaldamisala ettevõtjatevahelistele lepingutele just Saksamaa eeskujul, kuid erinevalt Saksamaast ei ole Eestis analüüsitud seda, milliseid erisusi tuleks tüüptingimustega ettevõtjatevaheliste lepingute puhul arvestada. Saksa õiguse analüüs näitas, et Saksamaal peetakse tüüptingimuste kohaldamist ärilepingutele majanduskäivet pärssivaks, sest tüüptingimuste võimalik tühisus sunnib ettevõtjaid riske hindama liiga konservatiivselt. Samuti leitakse Saksamaal, et ettevõtja tarbijaga võrdsustamine ei ole õige sellepärast, et ettevõtjal on tarbijast tugevam läbirääkimispositsioon. See järeldus ei ole üks-ühele ülekantav hankelepingutele, sest pakkuja ei räägi reeglina hanketingimusi hankijaga läbi. Siiski on pakkujal võimalik teha hankijale ettepanek RHAD-i muutmiseks. Hankija ei ole kohustatud seda ettepanekut küll arvestama, aga peab keeldumist põhjendama. Lisaks saab pakkuja mõjutada hanketingimuste õigusvastast sisu läbi vaidlustusmenetluse.

Ka Müncheni kommentaarides rõhutatakse vajadust võtta arvesse ettevõtjatevaheliste lepingu sõlmimise viisi. Seda tehakse läbi mõistlikkuse põhimõtte avamise, kuivõrd tühiseks osutuvad vaid need tüüptingimused, mis on teist lepingupoolt ebamõistlikult kahjustavad. Müncheni kommentaaride hinnangul tuleb arvestada õiguse üldpõhimõtet, mille kohaselt on

mõistlik see, mida pooltevahelises tavas mõistlikuks peetakse. Järelikult ei saaks ettevõtja tugineda tüüptingimuse tühisusele, kui on varasemaid teise poolega sarnastel tingimustel sõlmitud lepinguid korrektselt täitnud. Sellega on ta demonstreerinud oma valmidust ja võimekust lepingut sellistel tingimustel täita.

Hankelepingu eripära võrreldes Müncheni kommentaarides käsitletud lepingutega seisneb selles, et pakkuja ei pea oma lepingu täitmise võimekust demonstreerima mitte eelmiste lepingute täitmise läbi, vaid peab enne hankelepingu sõlmimist andma kinnitused, et on võimeline täitma seda konkreetset lepingut. Pakkuja ja iga teise ettevõtja ühiseks tunnuseks on eesmärk teenida kasumit. Erinevalt tarbijast, kelle lepingu sõlmimise eesmärk on suunatud tarbimisele, peab isik, kes sõlmib lepingu kasumi teenimiseks, tegema omapoolseid sooritusi. Pakkuja, kes kavatseb omapoolsete soorituste abil teenida hankelepingu alusel kasumit, kajastab lepingutingimustes sisalduvaid riske oma pakkumuse hinnas. Enne riskidega nõustumist peab ta riske sisuliselt hindama. Kui pakkuja tingimusi täielikult ei mõista, peab ta hankijalt küsima selgitusi. Kui pakkuja seda ei tee, keelab õiguste kuritarvitamise keeld tal hilisemas vaidluses tugineda tüüptingimuste ebaselgusele. Asjaolu, et pakkuja peab riske arvestama ja kinnitama, et suudab neid kanda, on üks kahest peamisest põhjusest, miks pakkuja tuginemine tüüptingimuste tühisusele hankelepingu täitmise ajal oleks vastuolus õiguste kuritarvitamise keeluga. Teine põhjus on pakkuja võimalus tingimuste sisu mõjutada läbi hankijale tehtava ettepaneku RHAD-i muutmiseks või läbi vaidlustusmenetluse.

Selleks, et veenduda pakkuja tõhusas võimaluses vaidlustada Eesti õiguse alusel tüüptingimused juba enne hankelepingu sõlmimist, kontrolliti Eesti riigihangete vaidlustusmenetluse kooskõla Euroopa õigusega. Liikmesriik on EL-i õiguskaitse direktiividest tulenevalt kohustatud ette nägema võimaluse kõigi hankija otsuste, sealhulgas RHAD-i, vaidlustamiseks mõistliku aja jooksul enne hankelepingu sõlmimist.

VAKO praktika kontrollimisel ilmnes, et kuigi VAKO on tunnistanud tüüptingimuste hindamise pädevuse puudumist, lahendab ta tegelikkuses siiski ka tüüptingimuste alaseid vaidlusi. Tüüptingimuste õiguspärasust hinnatakse sealjuures vastavalt RHS §-le 3, mis sätestab, et hanketingimused peavad vastama hankeõiguse üldpõhimõtetele ja olema proportsionaalsed hanke esemega. Siiski leidub ka lahendeid, kus VAKO on tõdenud, et tühine tüüptingimus ei saa nagunii pakkuja õigusi kahjustada ja seetõttu ei ole selle hindamine vaidluses oluline. Selline järeldus tähendaks, et pakkuja on vaidlustusmenetluse küll läbinud, aga sisuliselt ei ole tüüptingimuse alast vaidlust ikkagi lahendatud. Sama tingimuse hilisem vaidlustamine maakohtus ei tähendaks sellisel juhul ka õiguste kuritarvitamist.

Lisaks VAKO-le on tüüptingimusi hinnanud halduskohus, kuid selliseid lahendeid leidub vähe. Riigikohtu hinnangul ei saa pidada mõistlikuks ja otstarbekaks, et RHAD-i võib olla vajalik paralleelselt vaidlustada nii VAKO-s kui halduskohtus, olenevalt sellest, millisele õiguslikule alusele pakkuja tugineb. Siiski ei ole teistsugune tõlgendus Riigikohtu hinnangul RHS § 185 lg 1 praeguse sõnastuse tõttu võimalik.

Seetõttu võiks tüüptingimuste lepingueelse vaidlustamise võimalused õigusselguse tagamiseks seaduses selgemalt sätestada. Üks võimalus on anda RHS-ga VAKO-le pädevus hinnata hankedokumentatsiooni vastavust kõigile õigusaktidele, mille alusel hankelepingut hiljem täitma hakatakse. Teine võimalus on täiendada HKMS § 268 lg-t 1 selliselt, et pakkuja, taotleja või riigihankes osalemisest huvitatud ettevõtja saaks VAKO menetlust läbimata esitada otse halduskohtusse kaebuse ka siis, kui ta vaidlustab RHAD-i vastuolu tõttu muude õigusaktidega kui RHS.

Magistritöös leidis kinnitust ka teine hüpotees, mille kohaselt tuleks tühisteks osutunud tüüptingimuste tõttu *de facto* oluliselt muudetud hankelepingu võimaliku lõpetamise üle otsustada RHS § 124 lg 1 p 1, mitte VÕS § 41 alusel.

VÕS § 41 lubab kohtul tühist tüüptingimust sisaldava lepingu täies ulatuses kehtetuks tunnistada vaid siis, kui tingimuse kasutaja tõendab, et poleks lepingut ilma selle tingimusega üldse sõlminud. Riigisisene säte annab tüüptingimuse kasutajale seega võimaluse lepingust teatud juhtudel vabaneda. Nagu Carri Ginter märkis juba oma 2001. aasta magistritöös, on see säte vastuolus tüüptingimuste direktiiviga. Direktiivi eesmärk on motiveerida kahjustavate tüüptingimuste kasutajaid edaspidi selliseid tingimusi mitte kasutama, sundides neid edasi täitma enesele kahjulikumaks muudetud lepingut. Direktiiv lubab kohtul lepingu lõpetada ainult siis, kui lepingu jätkamine ilma tühise tüüptingimusega ei ole võimalik, võtmata sealjuures arvesse poolte tahet ehk subjektiivset elementi.

Hankeõiguse üldpõhimõtetega on kooskõlas mitte sellise lepingu iga hinna eest kehtima jätmine, vaid võimalusel lõpetamine. Järelikult on kahel direktiivil vastandlikud eesmärgid, mida selgitab see, et direktiividel on erinev kohaldamisala: tüüptingimuste direktiiv on mõeldud kaitsma tarbijat kui tarbijalepingu nõrgemat poolt; hankedirektiivide eesmärk on kaitsta vaba konkurentsi siseturul läbi kõigi pakkujate võrdse kohtlemise ja hankemenetluse igakülgse läbipaistvuse. Tüüptingimuste direktiivi eesmärgi saavutamiseks on lepinguliste kohustuste tasakaalu muutmine tihti vajalik, hankedirektiivi eesmärgi saavutamiseks on selline tasakaalu muutmine vastuolus.

Lubamatult muudetud hankelepingu lõpetamise diskretsiooniõigus on RHS § 124 lg 1 p 1 alusel ainult hankijal. VÕS § 41 aga välistab hankija võimaluse seda

õigust kasutada, sest VÕS § 41 rakendaja on nii Euroopa Kohtu kui Riigikohtu praktika kohaselt õiguse kohaldajana ainult liikmesriigi kohus.

VÕS § 41 peab RHS § 124 lg 1 p 1 ees taanduma nii *lex specialis derogat legi generali* kui *lex superiori derogat legi inferiori* tõlgendamisargumendi tõttu. Riigihangete seadus on võlaõigusseaduse suhtes *lex specialis* ehk erinorm RHS § 8 lg 2 määratluse tõttu: hankelepingule kohaldatakse võlaõigusseaduses sätestatud, välja arvatud juhtudel, kui riigihangete seadus sätestab teisiti. *Lex superiori* argument seisneb selles, et hankija ainuõigus otsustada oluliselt muudetud hankelepingu lõpetamise üle tuleneb Euroopa Liidu õigusest, mis on riigisisese õiguse suhtes ülimuslik. Kohtu õigus otsustada tühistate tüüptingimustega lepingu saatuse üle tuleneb samuti Euroopa Liidu õigusest – ehkki tüüptingimuste direktiivi artikli 6 lg 1 on VÕS §-ga 41 on Eesti õigusse valesti üle võetud –, aga tüüptingimuste direktiivi esmases kohaldamisalas on ainult tarbijalepingud. Kuna tüüptingimuste direktiiv on miinimumdirektiiv, on selle kohaldamisala laiendamine riigisisese õigusega lubatud, kuid sealjuures ei tohi riigisisene õigus minna vastuollu muude Euroopa Liidu normidega, mille järgimine on liikmesriigile kohustuslik. Seega tuleb VÕS § 41 jätta hankelepingutele kohaldamata, et vältida vastuolu kohustuslike hankeõiguse sätetega.

Lisaks peab hankija RHS § 124 lg 1 p 1 alusel hankelepingu lõpetamise otsust tehes lähtuma mitte tüüptingimuste regulatsiooni, vaid hankeõiguse regulatsiooni nõuetest. Nii ei saa ta VÕS §-st 41 lähtuvalt võtta aluseks seda, kas oleks lepingu muudetud kujul üldse sõlminud. Selle asemel tuleb kaaluda erinevaid hankelepingu täitmisega seotud aspekte, sealhulgas seda, kuidas mõjutab lubamatult muudetud hankelepingu kehtimajäämine siseturgu, milline on avalik huvi lepingu jätkuva täitmise suhtes, kui kaugele on jõudnud lepingu täitmine, ja ainult sellele lisanduvat ka poolte erahuvi lepingu jätkamise suhtes.



# **APPLICATION OF THE STANDARD TERM DIRECTIVE ON PUBLIC CONTRACTS IN COMPLIANCE WITH PRIVATE LAW AND PUBLIC PROCUREMENT PRINCIPLES**

## **ABSTRACT**

The problem analysed in this Master's thesis is the application of the standard term directive on public contracts. Standard term regulation was introduced in the European Union by Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. Since this is a minimum directive, Member States may extend its scope to other types of contracts. Following the example of Germany – the regulation of which was the inspiration for Council Directive 93/13/EEC – Estonia chose to extend the scope to B2B contracts, given that the terms of those contracts meet the definition of a standard term.

Public contracts concluded as a result of open procurement procedure are contracts containing standard terms, as the contracting authority and the tenderer have not individually negotiated the terms. It is generally held in the Estonian case law and legal literature that as public contracts are subject to the standard term regulation, the successful tenderer may challenge contractual terms during the performance of the public contract, arguing that the terms are unreasonably harmful and therefore void. There have been no studies in Estonia on the aspects that the court needs to take into consideration when assessing the potential nullity of standard terms in a public contract. Nor have there been analyses on the effects of potentially establishing the nullity of such terms.

The author based her Master's thesis on two hypotheses. Firstly, Estonian courts should not allow a tenderer argue during the performance of the public contract that standard terms of the contract harm him unreasonably and are therefore null and void. This would allow the tenderer to abuse his rights, given the fact that he has previously provided assurances of his capability to perform the contract under these terms, and the fact that tenderers can challenge procurement terms prior to the conclusion of the public contract. Secondly, if a tenderer was unable to challenge the terms prior to the conclusion of the public contract for an objective reason, the national court would establish the nullity of the unchallenged standard terms, resulting in a *de facto* change of the public contract. Such a change is prohibited if it is a substantial one. In this case, it should be the contracting authority and not the court that decides the fate of the contract modified in this manner, and the relevant decision should be based on Estonian Public Procurement Act (PPA), not Law of Obligations Act (LOA).

In order to prove her hypotheses, the author used the analytical method and the systemic method. A comparison was also made with Germany as the Estonian standard term regulation follows the example of the German one. Save for the statement that all contractual relationships should be fair and applying the standard term directive on various types of contracts is one way of achieving it, Estonia has not held a legal debate on how such application helps to achieve this goal, given that the directive was originally intended only for consumer contracts. Nor have the conditions of such application been studied. The issue has been debated in Germany. For this reason, the author analysed legal literature and relevant case law of Germany to see what observations could be made about the application of the standard term directive on public contracts.

The author also analysed relevant ECJ case law and that of the Supreme Court of Estonia, primarily in the field of modifying public contracts and assessing the validity of standard terms. An additional analysis was made of the practice of the Estonian review committee which in Estonia is the mandatory pre-litigation body reviewing all public procurement decisions, though not public contracts that have already been concluded.

The theoretical background of the thesis is based on books relating to supremacy of EU law, public procurement, standard term regulation, and articles from peer-reviewed academic journals on modification of public contracts, legal remedies for public procurement, application of standard terms and general principles of both public procurement and private law.

A public contract is a private law contract under the Estonian law and it is performed according to Law of Obligations Act (LOA) but the contractual parties also have to observe specific requirements of Public Procurement Act (PPA). The main requirement of this type is the prohibition to substantially modify a public contract. This is due to general principles of public procurement that demand equal treatment of all suppliers and transparency of the procurement process. Even though the public procurement proceeding terminates upon the conclusion of the public contract, general procurement principles continue to apply during the performance phase of the public contract, as the European Court of Justice ruled already in *Succhi di Frutta* in 1999. If a public contract is substantially modified, it is the prerogative of the contracting authority to decide whether to terminate said contract.

The objective of the standard term regulation is for courts to identify *ex officio* any unreasonably harmful standard terms in the contract and declare them null and void. Such terms fall from the contract but the rest of the consumer contract remains in force, if this is objectively possible. In their analysis national courts have to take into consideration *inter alia* the circumstances under which the contract was concluded.

It is *prima facie* possible that application of standard term regulation to public contracts may lead to a result where standard terms are declared null and void in a valid public contract, thus resulting in a *de facto* substantial modification of the contract, which is prohibited under public procurement law.

One might argue that terms which have been deemed null and void have no legal meaning. Their existence or lack thereof in the contract cannot therefore legally change the contract. However, a Member State is obligated to consistently interpret the EU law in its entirety when assessing the conformity of national provisions with EU norms. The objective of the directive on unfair terms in consumer contracts is to shift the balance of power towards the consumer. The objective of the procurement directives is to grant equal and transparent competition on the common market, for which reason significantly changing the balance of rights and duties in a public contract is prohibited. One is therefore to conclude that a *de facto* substantial modification of a public contract meets the definition of a change that is prohibited under the general principles of public procurement law. It follows that application of the standard term directive on a public contract may result in a conflict between private law and public procurement law.

Nevertheless, it was the first hypothesis of the author that standard terms should not be declared null and void in public contracts because that would enable suppliers to abuse their rights. Prohibition of abuse of rights is a general principle of private law. The hypothesis is based on the requirements of the standard term directive. National courts which assess standard terms must take into consideration the circumstances under which the contract was concluded. There are two such circumstances to consider in the case of public contracts.

Firstly, a public contract is a special type of contract because it is concluded as a result of the competitive procedure. Public procurement norms require the tenderer to provide assurances to the contracting authority that it is indeed capable to perform the contract once it has been awarded. A party acting in good faith, i.e. performing the general obligation under private law, cannot give assurances of its capabilities without first carefully weighing the risks. Furthermore, the tender submitted by a potential supplier always reflects those risks as they affect the tendered price. Therefore, a supplier of the public contract is not similar to a consumer, in that he is capable of carefully assessing all the risks against his capabilities and the law expects him to enter the contract only after having done so.

Secondly, while the tenderer cannot generally negotiate the procurement terms with the contracting authority – for which reason the terms are deemed to meet the definition of a standard term – he is capable of influencing the content of said terms. Before the deadline of submitting the tenders, he can propose to the contracting authority that the latter change the

terms. While the contracting authority is under no obligation to accept the proposal, he may do so in order to avoid the challenging procedure if he agrees that the terms violate provisions of PPA. Secondly, the tenderer can challenge the procurement terms during a reasonable period afforded to him under the law before the public contract is concluded.

The author concluded on the basis of her analysis that application of the standard term directive on public contracts complies with the objectives of the public procurement directive. This is because standard terms in a public contract should generally not be deemed null and void, as the tenderer has knowingly accepted all potential risks entailed in those terms, having either foregone his right to challenge the terms in the review committee or having challenged the terms but been told that the terms are not harmful. The fact that a tenderer is expected to reasonably assess all contractual risks is further proven by the fact that he is expected to give *bona fide* assurances to the contracting authority attesting to his abilities, and also the fact that a tenderer – differently from a consumer – expects to make a profit when performing the public contract. It is economically sound behaviour for a party aiming to earn a profit first to assess the transparency and proportionality of all risks, then challenge any risks he deems unacceptable for their untransparent or disproportionate nature, and finally make a calculated decision of whether he is capable of taking on these risks while still making a profit.

In order to establish whether Estonian tenderers are indeed afforded an efficient way of challenging the procurement terms before the conclusion of the public contract, the author analysed whether the Estonian challenging procedures were in line with the requirements of the Remedies Directive. The directive requires all Member States to grant tenderers an opportunity to challenge all decisions of a contracting authority within a reasonable time before the conclusion of the public contract.

This issue deserves attention because the Supreme Court of Estonia has ruled that procurement terms cannot be challenged before the Review Committee, which is a mandatory pre-trial reviewing body in Estonia. This is due to the grammatical interpretation of the relevant PPA provision, according to which the Review Committee is only competent to verify the compliance of terms with PPA, but not LOA. A challenge concerning the standard term regulation can therefore only be lodged with administrative courts even though § 268 (1) of Code of Administrative Court Procedure (CACP) allows a challenge in a procurement matter to be directly lodged with an administrative court only where the matter is related to a state secret or to foreign intelligence classified as secret..

It appeared from the analysis that while the Review Committee recognises its lack of competence, it does sometimes review terms that were challenged as unreasonably harmful standard terms. In doing so, the Review Committee usually checks the content of those terms

against the general principles of public procurement, i.e. against the stipulations of PPA. This yields the same result in most cases but not where the Review Committee refuses to review the terms, stating that since the terms are null and void under standard term regulation, they have no legal meaning. In such a case, a tenderer has brought a challenge but the Review Committee has not resolved the issue with a finality that alters the content of the terms *erga omnes*. For this reason it could not be claimed that the same tenderer is abusing his rights when later appealing the unreasonably harmful nature of the standard terms in a civil proceeding.

To avoid such problems and for the sake of legal clarity, the author of the thesis proposes that the Estonian legislator change either the provisions of PPA or the provisions of CACP. More specifically, PPA § 185 (1) should either give the Review Committee an *expressis verbis* competence to review compliance of procurement terms against all legislative acts that later apply to the public contract, or CACP § 268 (1) should clearly state that a challenge against public procurement terms is to be lodged directly with the administrative court, without first completing the pre-trial review proceeding, if the term is challenged under the standard term regulation.

While the author is of the opinion that standard term assessment in a public contract should generally not result in those terms being declared null and void due to the reasons outlined above, it is at least theoretically possible that a tenderer can make a *bona fide* argument in a civil court that it was unable to efficiently contest the terms at an earlier phase. This may result from the fact that there is some confusion about the body with which the challenge should have been filed. It is also possible that a tenderer acting in good faith fails to correctly understand the procurement terms and therefore does not challenge them in a timely fashion. A tenderer who has committed such a pardonable error should not be deprived of its right to make the argument that a standard term is unreasonably harmful in the civil proceeding.

Regardless, establishing the nullity of a standard term in a valid public contract would result in a *de facto* prohibited modification of said contract because it would significantly shift the balance of contractual rights and obligations in favour of the supplier. It was the second hypothesis of the author that it should be the contracting author that decides whether to terminate a contract modified in this manner, and that the potential termination should be decided on the basis of PPA, not LOA.

LOA § 41 provides that where the court has established nullity of a standard term in the contract, the rest of the contract remains in force, unless the party using the term that was

deemed to be without a legal meaning proves to the court that it would not have concluded the contract without the term in question.

It was pointed out as early as in 2001 by Mr Carri Ginter in his Master's thesis discussing the Estonian standard term regulation that LOA § 41 contradicts the objective of the directive on unfair terms. The directive aims to motivate the party using the standard terms against another to refrain from using such terms in the future. This purpose is served by obligating him to perform the disputed contract in its modified form. Allowing the party that introduced the harmful term to terminate the contract if he proves lack of interest in the modified form deprives the standard term regulation of its meaning.

Furthermore, LOA § 41 which affords the right to terminate a public contract with unfair standard terms only to national courts is in conflict with public procurement rules as PPA § 124 (1) (1) by which Article 73 (a) of the procurement directive was transposed into the Estonian law gives this right to the contracting authority. LOA § 41 is to be set aside, so that PPA § 124 (1) (1) could be applied, both under the principle of *lex specialis derogat legi generali* and the principle of *lex superior derogat legi inferiori*.

The *lex specialis* argument is derived from PPA § 8 (2) pursuant to which public contracts are covered by the LOA regulation except in the parts that are regulated in PPA. Since the termination of a substantially modified public contract is the right of the contracting authority under PPA, the right of the court deriving from LOA § 41 cannot be exercised.

The *lex superior derogat legi inferiori* argument comes from the fact that extending the scope of a directive is permissible for a transposing Member State if the directive is a standard of minimum harmonisation, but only to the extent where the national transposition norms do not conflict with the requirements of another directive which is mandatory in the field to which the scope was extended. This extent is reached if the transposition of the standard term directive deprives the contracting authority of its right to decide whether to terminate a public contract that was amended in a prohibited manner, because this right belongs to the contracting authority under the public procurement directive.

The same also follows from the indirect effect doctrine of EU law which requires a Member State to take into consideration its entire legal system when assessing whether its legislation complies with the supreme EU provisions. National provisions that are in conflict with applicable EU law must be set aside, unless they can be interpreted consistently with the applicable EU legislation.

When deciding whether or not to terminate the public contract that was unlawfully modified, the contracting authority cannot take into consideration the requirements of LOA § 41 – it cannot terminate the contract only because it would not have concluded it at all

without the disputed provision. Neither can the contracting authority follow the objective of the standard term directive which is to keep the contract in force without the successfully challenged term, regardless of the subjective interests.

The contracting authority is obligated to take into consideration several aspects that were first outlined by the European Court of Justice in C-503/04 *Commission versus Germany* in 2004 and that have been later elaborated on by several authors.

The most important aspects to be weighed are the extent to which the contract has already been performed, the public interest in continuing the performance of the contract, the negative impact on the common market if the contract is not terminated, and only finally, the private interests of the parties to the contract.

Mari Kelve-Liivsoo

30.04.2019

## LÜHENDID

AGBG - Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

EKo – Euroopa Kohtu otsus

E.R.P.L. – European Review of Private Law

EÜKo – Üldkohtu otsus

ELL – Euroopa Liidu Leping

ELTL – Euroopa Liidu toimimise leping

E.P.P.P.L.R. - European Procurement & Public Private Partnership Law Review

LG – Landgericht

komm - kommentaar

MüKoBGB - Münchener Kommentar BGB

OLG – Oberlandesgericht

P.P.L.R. – Public Procurement Law Review

RHAD – riigihanke alusdokumendid

RHS – riigihangete seadus

RKHKm – Riigikohtu halduskolleegiumi määrus

RKHKo – Riigikohtu halduskolleegiumi otsus

RKTKo – Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus

rn – randnummer; kommentaari järjekorranumber MüKoBGB lehekülje servas

TlnHKO – Tallinna Halduskohtu otsus

TlnRnKo – Tallinna Ringkonnakohtu otsus

TSMS – tsiviilkohtumenetluse seadustik

TSÜS – tsiviilseadustiku üldosa seadus

TSÜS Komm – tsiviilseadustiku üldosa seaduse kommenteeritud väljaanne

VAKO – riigihangete vaidlustuskomisjon

v.r. – vana redaktsioon

VÕS – võlaõigusseadus

VÕS Komm – võlaõigusseaduse kommenteeritud väljaanne



## KASUTATUD KIRJANDUS

1. Aarnio, Aulis. Õiguse tõlgendamise teooria. Tallinn: Õigusteabe AS Juura 1996.
2. Bovis, Christopher H. EU Public Procurement Law. 2. köide. Cheltenham, Ühendkuningriik; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Limited 2012.
3. Bovis, Christopher H. The Law of EU Public Procurement. 2. köide. Oxford: Oxford University Press 2015.
4. Bovis, Christopher H. Access to Justice and Remedies in Public Procurement. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2012, 3, lk 195-202.
5. Brodec, Jan ja Václav Janeček. How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime? Public Procurement Law Review 2015, 3, lk 90-105.
6. Brown, Adrian. Whether a new tendering procedure is required when a public contract is amended under a settlement agreement: the EU Court of Justice ruling in case C-549/14 Finn Frogne A/S. Public Procurement Law Review 2017, 1, NA5-NA10.
7. Craig, Paul ja Gráinne De Búrca. EU Law. Text, cases, and materials. Kuues trükk. Oxford: Oxford University Press 2015.
8. Curtin, Deirdre ja Tatevik Manucharyan. Legal Acts and Hierarchy of Norms in EU Law. Ilmunud kogumikus „The Oxford Handbook of European Union Law“, toim. Arnall, Anthony ja David Chalmers. Oxford: Oxford University Press 2015, lk 103-126.
9. Dingel, Dorthe Dahlgaard. Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law. Haag: Kluwer Law International 1999.
10. Estevan de Quesada, Carmen. Competition and transparency in public procurement markets. Public Procurement Law Review 2014, 5, lk 229-244.
11. Ginter, Carri. Tüüptingimustest VÕS ja direktiivis 93/13/EMÜ. Juridica 2001, 7, lk 501-513.
12. Ginter, Carri. Unfair contract terms in consumer contracts. Directive 93/13/EEC and the Estonian Obligations Act. Master's thesis. Supervisor: Professor Ulf Bernitz. Stockholm University 2001.
13. Ginter, Carri ja Mari Ann Simovart. Access to remedies in EU public procurement law. Ilmunud raamatus: Steinicke, Michael ja Peter L. Vesterdorf. EU Public Procurement Law. Brussels Commentary. C. H. Beck, Hart, Nomos ja Dreyersfond 2018, lk 1384-1433.

14. Habersack, Mathias ja Christian Mayer. Gold-Plating: The Implementation of Directives Through National Provisions. Ilmunud kogumikus European Legal Methodology. Ius Communitatis VII. Toimetaja Karl Riesenhuber. Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia 2017, lk 343-372.
15. Hartkamp, Arthur, Carla Sieburgh ja Wouter Devroe. Cases, Materials and Text on European Law and Private Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2017.
16. Hartlev, Kristian ja Morten Wahl Liljenbøl. Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender. Public Procurement Law Review 2013, 2, lk 51-73.
17. Hebly, Jan M., Brants, W. J. ja M. Z. Kos (koostajad). European Public Procurement. Legislative History of the 'Remedies' Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. Kluwer Law International BV, the Netherlands 2011.
18. Kingisepp, Margus. Tüüptingimuste õigusliku reguleerimise vajadus ja põhimõtted lepinguteoorias. Juridica 1998, 9, lk 462-466.
19. Kingisepp, Margus. Tarbijakaitseõigus Euroopa Liidus ja Eestis. Tallinn: Läte 2011.
20. Korindt, Marek. Hankijapoolne hankelepingu lõpetamine selle lubamatu muutmise korral. Magistritöö. Juhendaja dr. iur. Mari Ann Simovart. Tallinn 2016.
21. Lember, Priit, Elmer Muna, Erki Kergandberg, Priit Pöld, Carolin Toomingas, Kätliin Lember ja Markus Voldemar Jakobsoo. Riigihanked. 1. septembril 2017 jõustunud riigihangete seaduse praktilised juhised ja selgitused. Tallinn: Derling ja Äripäev 2017.
22. Lenaerts, Annekatrien. The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law. European Review of Private Law 2010, 6, lk 1121-1154. Kluwer Law International BV.
23. Minumets, Piia ja Diana Kulm. Riigihangete õigus. Tallinn: Juura 2014.
24. Münchener Kommentar zum BGB. 8. trükk. 2019. Digitaalselt kättesaadav Beck Online andmebaasist.
25. Narits, Raul. Õiguse entsüklopeedia. Tallinn: Juura 2007.
26. Opperman, Thomas. Euroopa õigus. Teine, täielikult ümbertöötatud trükk. Tallinn: Juura 2002.
27. Otto, Sven-Joachim. The Starting Point of Limitation Periods for Remedies in Public Procurement Procedures. European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2014, 9, 3, lk 209-214.

28. Poulsen, Sune Troels. The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law. *Public Procurement Law Review* 2012, 5, lk 167-187.
29. Reich, Norbert. *General Principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia 2014.
30. Riigihangete seaduse kommentaaride mustand. RHS § 190 kommentaarid. Avaldamata materjal, mis on töö autori valduses.
31. Roth, Wulf-Henning ja Christian Jopen. Interpretation in Conformity with Directives. Ilmunud kogumikus *European Legal Methodology. Ius Communitatis VII*. Toimetaja Karl Riesenhuber. Cambridge, Antwerpen, Portland: Intersentia 2017, lk 317-342.
32. Simovart, Mari Ann. Riigihankelepingute ebamõistlike tüüptingimuste tühisus kui ebaõiglaste lepingutingimuste regulatsiooni näide. *Juridica* 2008, 1, lk 29-38.
33. Simovart, Mari Ann. Riigihankelepingu muutmise vabadus hanke üldpõhimõtete valguses. *Juridica* 2010, 4, lk 248-257.
34. Simovart, Mari Ann. Hankelepingute lubatud ja keelatud muudatused uute riigihankedirektiivide ülevõtmise järel. *Juridica* 2016, 1, lk 52-60.
35. Simovart, Mari Ann. The power of termination under art.73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation. *Public Procurement Law Review* 2018, 6, lk 279-287.
36. Steinicke, Michael ja Peter L. Vesterdorf. *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*. C. H. Beck, Hart, Nomos ja Dreyersfond 2018.
37. Straetmans, Gert ja Caroline Cauffman. Legislatures, courts and the Unfair Terms Directive. Ilmunud kogumikus „The Judiciary, the Legislature and the EU internal market.“ Toimetaja Philip Syrpis. Cambridge: Cambridge University Press 2012.
38. Treumer, Steen. Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive. *Public Procurement Law Review* 2014, 3, lk 148-155.
39. Treumer, Steen. Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues. Ilmunud kogumikus „Enforcement of the EU Public Procurement Rules“, toimetajad S. Treumer ja F. Lichère. 1. trükk, 3. köide. Kopenhaagen: Djøf Forlag 2011, lk 17-52.
40. Treumer, Steen. Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of status of concluded public contracts as sacred cows. *Public Procurement Law Review* 2007, 6, lk 371-386.
41. Varul, Paul, Irene Kull, Villu Kõve, Martin Käerdi ja Karin Sein (koostajad). *Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1-207)*. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016.

42. Varul, Paul, Irene Kull, Villu Kõve ja Martin Käerdi (koostajad). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.
43. Von Dr Oelsner, Tobias. Strengere Zahlungs- und Verzugsregelungen für öffentliche Auftraggeber durch die Reform der EU-Verzugsrichtlinie. KommJur 2013, 241.

## KASUTATUD ÕIGUSAKTID

44. Bürgerliches Gesetzbuch. BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>.
45. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioonid. 26. oktoober 2012. Euroopa Liidu Teataja C 326/01.
46. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26. veebruar 2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. Euroopa Liidu Teataja L 94/65.
47. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2011/7/EL, 16. veebruar 2011, hilinenud maksimisega võitlemise kohta äritehingute puhul. Euroopa Liidu Teataja L 48.
48. Euroopa Ühenduste Nõukogu direktiiv 89/665/EMÜ, 21. detsember 1989, riiklike tarne- ja ehitustöölepingute sõlmimise läbivaatamise korra kohaldamisega seotud õigus- ja haldusnormide kooskõlastamise kohta. Euroopa Ühenduste Teataja L 395.
49. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2007/66/EÜ, 11. detsember 2007, millega muudetakse nõukogu direktiive 89/665/EMÜ ja 92/13/EMÜ riigihankelõpetuste sõlmimise läbivaatamise korra tõhustamise osas. Euroopa Ühenduste Teataja L 335/31.
50. Gesetz Zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. BGBI. I S. 3317. Kättesaadav arvutivõrgus: <https://www.gesetzesweb.de/AGB.html>.
51. Halduskohtumenetluse seadustik. - RT I, 13.03.2019, 53.
52. Leping Belgia Kuningriigi, Taani Kuningriigi, Saksamaa Liitvabariigi, Kreeka Vabariigi, Hispaania Kuningriigi, Prantsusmaa Vabariigi, Iirimaa, Itaalia Vabariigi, Luksemburgi Suurhertsogiriigi, Madalmaade Kuningriigi, Austria Vabariigi, Portugali Vabariigi, Soome Vabariigi, Rootsi Kuningriigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi (Euroopa Liidu liikmesriikide) ning Tšehhi Vabariigi, Eesti Vabariigi, Küprose Vabariigi, Läti Vabariigi, Leedu Vabariigi, Ungari Vabariigi, Malta Vabariigi, Poola Vabariigi, Sloveenia Vabariigi ja Slovaki Vabariigi vahel Tšehhi Vabariigi, Eesti Vabariigi, Küprose Vabariigi, Läti Vabariigi, Leedu Vabariigi,

- Ungari Vabariigi, Malta Vabariigi, Poola Vabariigi, Sloveenia Vabariigi ja Slovaki Vabariigi ühinemise kohta Euroopa Liiduga. - RT II 2004, 3, 8.
53. Nõukogu direktiiv 93/13/EMÜ, 5. aprill 1993, ebaõiglaste tingimuste kohta tarbijalepingutes. Euroopa Liidu Teataja L 095.
54. Riigihangete seadus. - RT I, 13.03.2019, 145.
55. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I, 19.03.2019, 22.
56. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I, 30.01.2018, 6.
57. Võlaõigusseadus. - RT I, 20.02.2019, 8.

## KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

### Euroopa Kohtu lahendid

58. C-393/18, *PPU*.
59. C-590/17, *Henri Pouvin*.
60. C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità jt.*
61. C-260/17, *Anodiki Services EPE*.
62. C-118/17, *Dunai*.
63. C-70/17 ja C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*.
64. C-51/17, *OTP Bank ja OTP Faktoring*.
65. C-96/16 ja C-94/17, *Banco Santander ja Escobedo Corté*.
66. C-535/16, *Bachman*.
67. C-516/16, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse eGen*.
68. C-147/16, *Karel de Grote*.
69. C-391/15, *Maria del Mediterráneo SL jt.*
70. C-171/15, *Connexion Taxi*.
71. C-549/14, *Finn Frogne*.
72. C-421/14, *Banco Primus SA*.
73. C-377/14, *Radlinger ja Radlingerová*.
74. C-110/14, *Costea*.
75. C-538/13, *eVigilo*.
76. C-537/13, *Šiba*.
77. C-482/13, C-483/13, C-485/13 ja C-487/13, *Unicaja Banco ja Caixabank*.
78. C-342/13, *Sebestyén*.
79. C-26/13, *Árpád Kásler*.
80. C-226/12, *ERSTE Bank Hungary*.

81. C-472/11, *Banif Plus Bank*.
82. C-415/11, *Aziz*.
83. C-401/09, *Evropaiki Dynamiki*.
84. C-397/11, *Jörös*.
85. C-618/10, *Banco Español de Crédito*.
86. C-453/10, *Pereničová ja Perenič*.
87. C-314/09, *Strabag jt*.
88. C-570/08, *Symvoulia Apochetefseon Lefkosias*.
89. C-484/08, *Caja de Ahorros u Monte de Piedad de Madrid*.
90. C-456/08, *komisjon vs Iirimaa*.
91. C-406/08, *Uniplex*.
92. C-243/08, *Pannon GSM*.
93. C-203/08 *Sporting Exchange*.
94. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing*.
95. C-91/08, *Wall*.
96. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*.
97. C-12/08, *Mono Car Styling*.
98. C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur* koos kohtujurist Kokotti ettepanekuga.
99. C-268/06, *Impact*.
100. C-241/06, *Lämmerzahl*.
101. C-168/05, *Mostaza Claro*.
102. C-503/04, *komisjon vs Saksamaa* koos kohtujurist Trstenjaki ettepanekuga.
103. C-212/04, *Adeneler*.
104. C-15/04, *Koppensteiner*.
105. C-3/04, *Poseidon Chartering*.
106. C-105/03, *Pupino*.
107. C-26/03, *Stadt Halle ja RPL Lochau*.
108. C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten*.
109. C-230/02 *Grossmann Air Service*.
110. C-20/01 ja C-28/01, *komisjon vs Saksamaa*.
111. C-327/00, *Santex*.
112. C-92/00, *HI*.
113. C-19/00, *SIAC Construction*.
114. C-496/99 P, *Succhi di Frutta*.
115. C-470/99, *Universale-Bau jt*.

- 116. C-237/99, *komisjon vs Prantsusmaa*.
- 117. C-380/98, *Cambridge University*.
- 118. C-337/98, *komisjon vs Prantsusmaa*.
- 119. C-324/98, *Telaustria ja Telefonadress*.
- 120. C-275/98, *Unitron Scandinavia*.
- 121. C-81/98, *Alcatel Austria*.
- 122. C-360/96, *Gemeente Arnhem ja Gemeente Rheden vs BFI Holding*.
- 123. C-326/96 *Levez*.
- 124. C-28/95 *Leur-Bloem*.
- 125. C-91/92 *Faccini Dori*.
- 126. C-106/89, *Marleasing*.
- 127. C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*.
- 128. C-14/83, *von Colson ja Kamall*.
- 129. C-283/81, *CILFIT*.
- 130. C-15/81, *Schul*.
- 131. C-148/78, *Ratti*.
- 132. C-106/77, *Simmenthal*.
- 133. C-33/76, *Rewe-Zentral*.
- 134. C-41/74, *Van Duyn*.
- 135. C-13/68, *Salgoil*.
- 136. C-6/64, *Costa vs ENEL*.
- 137. C-28/62, *De Costa*.
- 138. C-6/60 *Humblet*.

#### **Üldkohtu lahendid**

- 139. T-553/11, *European Dynamics Luxembourg SA*.
- 140. T-117/17, *Proximus SA/NV*.
- 141. T-207/07, *CMB Maschinenbau & Handels GmbH*.

#### **Riigikohtu lahendid**

- 142. RKHKm 3-17-1151.
- 143. RKTKo 2-16-13477/38.

144. RKTko 2-15-15662.
145. RKHKm 3-15-1188/21.
146. RKTko 3-2-1-163-17.
147. RKHKo 3-3-1-92-16.
148. RKTko 3-2-1-135-15.
149. RKTko 3-2-1-139-14.
150. RKTko 3-2-1-112-14.
151. RKTko 3-2-1-89-14.
152. RKHKo 3-3-1-87-14.
153. RKTko 3-2-1-12-14.
154. RKTko 3-2-1-106-13.
155. RKHKo 3-3-1-44-13.
156. RKHKo 3-3-1-24-13.
157. RKHKo 3-3-1-30-12.
158. RKTko 3-2-1-66-12.
159. RKHKo 3-3-1-52-11.
160. RKTko 3-2-1-2-11.
161. RKTko 3-2-1-109-11.
162. RKHKo 3-3-1-31-11.
163. RKHKo 3-3-1-66-10.
164. RKTko 3-2-1-56-08.
165. RKTko 3-2-1-2-08.
166. RKHKm 3-3-1-85-07.
167. RKTko 3-2-1-76-07.
168. RKTko 3-2-1-64-07.
169. RKTko 3-2-1-45-07.
170. RKTko 3-2-1-150-06.
171. RKTko 3-2-1-1-07.
172. RKHKo 3-3-1-66-05.
173. RKTko 3-2-1-155-05.
174. RKTko 3-2-1-140-05.
175. RKTko 3-2-1-118-05.
176. RKTko 3-2-1-145-04.



### **Ringkonnakohtute lahendid**

- 177. TlnRnKo 17.08.2018, 3-18-1008.
- 178. TlnRnKo 01.06.2017, 3-17-252 ja 2-17-255.
- 179. TlnRnKo 18.05.2012, 3-11-2403.
- 180. TlnRnKo 30.08.2011, 3-11-1452.

### **Halduskohtute lahendid**

- 181. TlnHKO 4.5.2018, 3-18-587.
- 182. TlnHKO 6.3.2014, 3-13-2441.
- 183. TlnHKO 19.3.2010, 3-09-2756.

### **Riigihangete vaidlustuskomisjoni lahendid**

- 184. VAKO 256-18/202542.
- 185. VAKO 137-18/197419.
- 186. VAKO 98-18/194.
- 187. VAKO 61-18/192746.
- 188. VAKO 58-18/194776.
- 189. VAKO 37-18/194776.
- 190. VAKO 199-17/192855.
- 191. VAKO 83-15/160448.
- 192. VAKO 83-15/150448
- 193. VAKO 294-14/156643.
- 194. VAKO 275-14/155132.

### **Saksamaa kohtupraktika**

- 195. LG Potsdam, 2 O 23/15 - <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016.08059.htm&anchor=Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-08059> (13.04.2016).

196. OLG Olle, 6 U 61/11 - <https://online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2011%2Fcont%2Fbeckrs.2011.140296.htm&pos=1&hlwords=on> (06.11.2011).
197. OLG Saarbrücken, 1 U 159/14 - <https://online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016.16273.htm&anchor=Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-16273> (17.08.2016).

## **MUUD ALLIKAD**

198. Euroopa Komisjon. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. 11.07.2018. Kättesaadav arvutivõrgus: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/performance\\_per\\_policy\\_area/public\\_procurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm).
199. Principles of European Contract Law. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/#head\\_78](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_78).
200. Study Group on a European Civil Code. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition. Sellier European Law Publishers 2009. Kättesaadav arvutivõrgus: [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

## **Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks**

Mina, Mari Kelve-Liivsoo,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose
2. magistritöö pealkirjaga „Võlaõigusliku tüüptingimuste regulatsiooni hankelepingutele kohaldamise kooskõla era- ja hankeõiguse põhimõtetega“,

mille juhendaja on PhD Carri Ginter,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
- 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **30.04.2019**